الشّيخ الجليل
محمّد العزيز جعيّط

الطريقة المرضيّة في الإجراءات الشرعيّة على مذهب المالكيّة

دراسة و تحقيق الدكتور :
محمّد بوزغيبة
أستاذ الفقه الإسلامي و علومه
و رئيس وحدة فقهاء تونس بجامعة الزيتونة



تونس - بيروت

الأعمال الكاملة للشيخ الجليل المالكي

محمّد العزيز جعيّط

3

الطّريقة المرضيّة في الإجراءات الشّرعيّة على مذهب المالكيّة

تأليف صاحب الفضيلة العلاّمة المحقّق

الشّيخ : **محمّد العزيز جعيّط.**

دراسة و تحقيق : أ. د . **محمّد بو زغيبة**

أستاذ الفقه الإسلاميّ و علومه و مدير قسم الشريعة و رئيس وحدة فُقهاء تونس بجامعة الزّيتونة.

الدار المتوسطية للنشر

بسم الله الرّحمان الرّحيم

الكتـاب: الطّريقة المرضيّة في الإجراءات الشّرعيّة على مذهب المالكيّة

المؤلف : فضيلة الشّيخ محمّد العزيز جعيّط

مدير النشر : عماد العزّالي

تصميم الغلاف و الكتاب : شيماء المذيوب ، نجلاء العياري

الترقيم الدولي للكتاب : 978-9938-806-54-0

الطبعة الأولى: 2010 م - 1431 هـ



الدار المتوسطية للنّشر - تونس

5 شارع شطرانة 2073 برج الوزير أريانة

الهاتف : 880 698 70 216 - الفاكس : 633 698 70 216

البريد الإلكتروني : medi.publishers@gnet.tn

Mediterranean Publishers - Tunis Tunisia

5 avenue chotrana 2073 Borj Elouzir Ariana

Tél. 216 70 698 880 - fax : 216 70 698 633

E-mail : medi.publishers@gnet.tn

بسم الله الرّحمن الرّحيم

والصّلاة والسّلام على خاتم النبيين
والمرسلين سيّدنا محمّد صلّى الله عليه وعلى آله وصحبه الميامين.

الإهداء إلى روح الشّيخ العلاّمة
سيدي محمّد العزيز جعيّط التّونسي برّد الله ثراه

تقديم

تميّز الشّيخ جعيّط بين معاصريه بحفظ الفقه أصولا وفروعا، وتخصّص في الإحاطة بمسائله، والعلم بالنّوازل وبما جرى به العمل. ولقد أجمع شيوخه وأقرانه وتلامذته على اطّلاعه الواسع على مذهب الإمام مالك وأصحابه، وإلمامه بفقه المذاهب الأخرى وخاصّة الفقه الحنفي، لأنّه المذهب الرّسمي المعتمد عند ساسة البلاد في عصره[1].

وكانت للشّيخ جعيّط ضلاعة يستطيع بها تحقيق مناطق الحكم، ودفع التّعارض بين النّصوص، وترجيح الأولى منها بالانطباق على واقعة الحال. وإنّ انتصابه لتدريس الكثير من المصادر الأصليّة والفرعيّة[2]، مكّنه من الانفراد بالمرجعيّة الفقهيّة داخل البلاد وخارجها.

وإنّ آثاره التي كانت متّجهة في جلّها إلى الاعتناء بالفقه وأصوله، تثبت مدى تمكّن الشيخ وإلمامه بفقه القضاء[3] والعمل والنّوازل والأحكام والتّوثيق بدرجة أولى، ثم إلمامه ببقيّة الأبواب الفرعيّة والأصليّة بدرجة ثانية.

---

[1] ابن الخوجة، محمد : القضاء الشرعي، المجلّة الزيتونيّة م3 ج5 ربيع الأوّل 1358هـ: ماي 1939: 34

[2] يراجع كتاب : الشّيخ جعيّط: حياته – إصلاحاته – آثاره.

[3] يقول الونشريسي : فقه القضاء أعمّ من علم القضاء، لأنّ فقه القضاء هو الفقه بالأحكام الكليّة، وعلم القضاء هو العلم بتلك الأحكام الكليّة مع العلم بكيفيّة تنزيلها على النّوازل الواقعة: المعيار : 10/78 ط. بيروت.

وفيما يلي دراسة متأنّية لكتاب «الطّريقة المرضية» يضمّ :

- فقه الطّريقة.
- أسلوب تأليف الطّريقة.
- مصادر ومراجع الطّريقة.

1 - فقه الطّريقة : من المباحث الفقهيّة التي نالت النّصيب الأوفر في كتاب «الطريقة المرضية» فقه العمل وعلم التّوثيق.

- فقه العمل : يعتبر عمل أهل المدينة من أصول المذهب المالكي المعتبرة والمعتدّ بها[4]. لكنّ فقه العمل لم ينفد به السّادة المالكيّة. لأنّ السّادة الحنفيّة أيضا أخذوا بعمل علماء العراق، واحتجّ السّادة الشافعية بعمل أهل مكّة[5] إلاّ أنّ اعتماد المالكيّة على فقه العمل كان أعمّ من بقيّة المذاهب، وهو مقدّم عندهم على الرّاجح والمشهور. قال النّاظم[6]:

وما به العمل دون المشهور ❁ مقدّم في الأخذ غير مهجور

ولقد استقرّ الرّأي عند متأخّري المالكيّة على أنّ العمل هو العدول عن القول الرّاجح أو المشهور في بعض المسائل، إلى القول الضعيف فيها رعيا لمصلحة الأمّة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية، وذلك لتبدّل العرف وضرورة جلب المصلحة ودرء المفسدة، وإلاّ فالواجب الرّجوع إلى المشهور[7].

---

[4] راجع مثلا : القرافي : شرح التنقيح : 445 - المشاط : الجواهر الثّمينة : 95 - ابن الطالب : إيصال السّالك : 6 وما بعدها.

[5] راجع مثلا : الجيدي عمر : العرف والعمل في المذهب المالكي : 341

[6] التّسولي، علي : البهجة في شرح التّحفة : 144/1

[7] ابن الطاهر : حاشيته على التّاودي : مخطوط بدار الكتب الوطنيّة بتونس : ورقة 163.

يقول التّسولي نقلا عن الإمام الشاطبي : «إنّ مخالفة العمل ليست بالأمر الهيّن، وإنّ المعمول به مشهور أيضا»[8].

ويقول عمر عبد الكريم الجيدي المغربي : «وإيضاح ذلك أنّ بعض المسائل يكون فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعْمدُ بعض القضاة إلى الحكم بقول يخالف المشهور لسبب من الأسباب، كدرْء مفسدة أو خوف فقنة أو جريان عرف أو تحقيق مصلحة... فيأتي من بعده ويقتدي به مادام الموجب الذي لأجله خولف المشهور قائما[9].

فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعدما، ولأجل ذلك يختلف باختلاف البلدان، بل يتبّدل في البلد الواحد بتجدّد الأزمان[10].

ولا يجوز للقاضي أو المفتي الاسترسال في الإفتاء بما به العمل، ويظنّ أنّه حكم مؤبّد، بل هو مؤقّت مادامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور، فإذا ذهبت رجع الحكم للمشهور، لأنّه واجب والانتقال عنه رخصة للضّرورة، فإذا زالت الضّرورة ذهبت الرّخصة.

وسبب اعتماد الشيخ جعيّط على ما جرى به العمل في كتاب «الطّريقة المرضية»، لأنّ مراعاة العرف وتحكيم ما يُقضى به أمر واجب في سياسة الأمّة وتدبير شؤونها، على وفْق مبادئ الشريعة التي لم تقصد إلاّ إلى النّظام وتحقيق مصالح العباد. والعرف مثلما قال الشيخ محمد الهادي ابن القاضي رحمه الله (-1970) : «يُعْتبر إن قام على أساس وثيق، ويُلغى إن جرى بالنّاس في غير طريق[11]».

[8] التّسولي : م.ن : 144/1

[9] الجيدي : العرف والعمل في المذهب المالكي : 342

[10] الوزّاني : مهدي : حاشيته على التّاودي على الزّقاقيّة : ط حجريّة : 263

[11] ابن القاضي : محمد الهادي : تأثير العادة والعرف على التّشريع : م القضاء والتشريع : جانفي 1944 : 22 وما بعدها.

ومن الأمثلة التي قدّم فيها الشيخ جعيّط ما جرى به العرف والعمل :

– مبحث إنهاء الخطاب : بيّن الشيخ جعيّط أنّ إنهاء الخطاب من قاض إلى آخر يتمّ بثلاثة أساليب وهي : الإنهاء بالمشافهة والإنهاء بالإشهاد والإنهاء بالكتابة. ولقد بطل العمل بتونس بالإنهاء بالمشافهة ووقع الاختصار على الإنهاء بالإشهاد أو بالكتابة وهو أضبط وأضمن للحقوق[12].

– مبحث التّنفيذ : بعد أن بيّن الشيخ جعيّط أنّ التّنفيذ غير الثّبوت والحكم، وأنّ أوّل ما يسبق هو ثبوت الشّيء ثم الحكم ثم تنفيذه. وبعد أن قدّم أمثلة كثيرة من طرق التّنفيذ، مثل الإلزام بالحبس، وأخذ المال بيد القوّة ودفعه لمستحقّه، وتسليم الولد لحاضنته، ذكر الشّيخ جعيّط أنّ القاضي في عصره قد تجعل له قوّة التّنفيذ وقد تُسلب منه، وأنّ التراتيب الجاري بها العمل اقتضت أنّ السّلط التنفيذية تكون مستقلّة عن السّلط الحكميّة، فالمنفّذ هو شيخ المدينة في الحاضرة وعامل الجهة في غيرها، وإذا صدر حكم من القاضي، فالمحكوم له يتسلّم نسخة من الحكم، وينهيه إلى شيخ المدينة أو عامل الجهة[13].

ثمّ تحدّث الشّيخ جعيّط عن التّنفيذ بالنّسبة لحكم غيره، وبيّن أنّه متى كان الحكم الأوّل مستوفيا شروط الصحّة يلزم تنفيذه، وإلزام المحكوم عليه به إذا اتّخذ الحاكم الأوّل والمنفّذ الثاني مذهبا، أمّا إن اختلفا مذهبا، فإنّه تساءل هل يلزم الحاكم الثّاني بتنفيذ حكم القاضي الأوّل مع أنّ مقتضى مذهبه خلاف ما نفذ به ذلك، وأجاب الشّيخ جعيّط عن تساؤله بقولين في المسألة :

---

[12] الطريقة المرضية : 226 ط أولى

[13] م.ن: 224

الأوّل : أنّه يقف عن تنفيذه وإبطاله لأنّه إن نفّذه وألزم المحكوم عليه ما فيه ألزمه ما لا يرى أنّه الحق عنده.

الثاني : أنّه ينفّذه ويلزم المحكوم عليه ما تضمّنه الحكم لأنّ توقّفه عن إنفاذه كإبطاله وهو ممنوع من نقض الأحكام المجتهد فيها.

وغمز الشّيخ جعيّط إلى نفوذ الحكم الحنفيّ بتونس أيّام الدّولة الحسينيّة مبيّنا أنّ العمل التونسي جرى على هذا الثّاني، وضرب مثلا لذلك وهو أنّ القاضي الحنفيّ إذا حكم بصحّة البيع فيما بيع على الكمشة المجهولة، أو بصحّة الوقف الخالي عن الحيازة، وتروفع بعد هذا الحكم في القضيّة المحكوم فيها لدى القاضي المالكي في الصحّة والفساد، فإنّ القاضي المالكي يحكم بمثل ما حكم به القاضي الحنفي في الصّحة، ويعلّل حكمه بأنّ حكم الحاكم يرفع الخلاف، ويجعل حكم تلك الجزئيّة الخاصّة عند الجميع، واعتبر الشّيخ جعيّط أنّ هذا ما كان يفعله من سلف من القضاة التونسيين وأنّ العمل به مازال مستمرّا في عصره.

واستشهد بأنّ القاضي محمّد الطاهر ابن عاشور (- 1284 هـ-1868م) مكّن من الشّفعة بقيمة الشقص المشفوع فيه فيما بيع على الكمشة المجهولة، وصدر حكم من القاضي الحنفيّ فيه بصحّة البيع على مقتضى مذهبه، وعلّل القاضي الجدّ ذلك بأنّ المشاع إذا بيع بيعا فاسدا وطرأ على ذلك البيع ما أوجب مضيّه، فإنّ الشّفعة تقع بقيمة الشّقص المشفوع فيه، كما قال في التّحفة في مبحث الشّفعة:

ونخلة حيث تكون واحدة ❁ وشبهها وفي البيوع الفاسدة

ما لم تصحّح فبقيمة تجبْ ❁ ذاك ذو التّعويض إذا فيه يجبْ[14]

[14] التّسولي : البهجة 112/2

وبيّن الشّيخ جعيّط أنّ البيع على الكمشة المجهولة فاسد عند المالكيّة لجهل الثّمن[15]، واقتضت التّراتيب أنّه إذا حكم الحاكم الحنفيّ بصحّة البيع وإمضائه، ارتفع الخلاف في تلك الجزئيّة، وصارت من قبيل البيع الفاسد الذي طرأ عليه ما أوجب مضيّه، ومن لوازم ذلك تمكين الشّريك من الشّفعة فيه بالقيمة.

ونقل الشّيخ جعيّط عن القاضي محمد الطاهر ابن عاشور الجدّ قوله : «وبلغنا أنّ القاضي إسماعيل التميمي (-1248هـ) كان فعل ذلك أخذًا ممّا تقدّم ،وهو أخذ متين العُرى. وكان القضاة التونسيّون في القديم ولم يزالوا إلى اليوم يحكمون بما تقتضيه ألفاظ الواقفين في الاستحقاق وشرائط الوقف على مقتضى مذهبهم، في الأوقاف الخالية من الحوز المحصّنة بحكم قاض حنفيّ بصحّتها، قال الشّيخ جعيّط: «وما ذلك إلاّ من آثار اعتبار الحكم الحنفي ونفوذه»[16].

- مبحث التّعجيز : بيّن الشّيخ جعيّط أنّ الحكم بالتّعجيز يكون على القائم بعدم سماع ما يأتي به من البيّنات على إثبات دعواه، ويكون على المطلوب بعدم سماع قدحه في بيّنة المدّعي، وذكر أنّ التّعجيز يقطع حجّة المعجّز، ولكونه كذلك بيّن الشّيخ جعيّط أنّ التّعجيز يجب أن لا يقع في الحقوق التي إذا ثبتت لا يجوز إسقاطها مثل الأحباس، وقدّم مثالا لذلك وهو إذا ادّعى قائم أنّ هذه الدّار وقف على الفقراء أو طلبة العلم، وعجز عن إثباته ثم أثبته قُبل، بخلاف الوقف على معيّن كزيْد، فإنّه إذا عجز عن إثباته يمضي عليه التّعجيز[17]، ثمّ تعرّض الشّيخ جعيّط إلى ما جرى به العمل بتونس، وهو عدم التّعجيز مطلقا لأنّ غالب الأحباس على محصور غير

[15] جعيّط : الطريقة المرضية 225. ط.أولى

[16] جعيّط : ن.م 225-226

[17] التّاودي : حواشي الزّقّاقيّة (مخ) رقم 8265، 54 وما بعدها.

معيّن كأولاد المحبّس ثم أولاد أولاده، ووضّح أنّ عدم التّعجيز في الوقف إنّما هو في إثباته أمّا ادّعاء نفيه ففيه تعجيز[18].

- مبحث الدّعوى فيما فيه حقّ الله :

بعد أن بيّن الشّيخ جعيّط أنّ الدّعوى فيما فيه حقّ الله تعالى تُقبل من كلّ أحد كدعوى أنّ هذه الأرض مقبرة، أو أنّ هذا البناء مسجد، أو الموضع الذي بني فيه اقتطع من الطّريق العام، أو أنّ هذا المكان المبيع حُبسّ على الفقراء أو طلبة العلم ذكر عكس المسألة، وهو أن تقع الدّعوى على حُبّس أو مسجد، وحينئذ يقيم الحاكم وكيلا يدفع عنه، فإن وجب عليه قضى به وإلاّ فلا[19]، أمّا العمل التونسي فهو جار على أنّ تلك الجهات إن كان عليها ناظر استدعي لها، وأجرى الخصام معه، وإن لم يكن لها ناظر قدّم القاضي مقدّما وقتيّا ليخاصم عنه[20].

- مبحث الالتزام بالوصيّة : بيّن الشّيخ جعيّط في مسألة الالتزام بالوصيّة أنّ الموصي إذا التزم فيها عدم الرّجوع، ففي لزوم ذلك خلاف بين متأخّري فقهاء تونس مبنيّ على أنّ الوصيّة من لوازمها الشرعيّة وخواصها صحّة الرّجوع عنها، ثمّ تساءل الشّيخ جعيّط : هل يتنزّل اللاّزم الشّرعي منزلة اللاّزم العقلي أم لا ؟ وذكر أنّ المسألة تتفرّع إلى ثلاثة فروع :

- الأوّل : الوصيّة التي التزم الموصي فيها مجرّد عدم الرّجوع مجملا[21]

- الثّاني : الوصيّة التي التزم فيها ذلك مستندا لاختيار قول من قال بلزومه من الفقهاء.

[18] جعيّط : ن.م 77-78

[19] ابن فرحون : التّبصرة 127/1

[20] الطّريقة المرضية 12-13

[21] الطّريقة 129-130

- الثالث : ما إذا زاد الموصي في وصيّته: أنّه مهما رجع عنها، كان رجوعه تجديدا لها، وتنفيذا لحكمها.

ثمّ بيّن الشّيخ جعيّط أنّ الثالث هو الذي جرى به العمل في تونس، وهو أنّ الموصي يلزمه الالتزام، وينبغي أن يكون ذلك خارجا عن الخلاف، وهو الذي اختاره قاسم عظوم وجرى به القضاء التونسي من زمن الشيخ محمد الشاذلي بن صالح (- 1308هـ/1891م) إلى زمن الشّيخ جعيّط[22].

- مبحث اليمين : ذكر الشّيخ جعيّط في هذا المبحث[23] أنّه إذا كان الحقّ ربع دينار فأكثر، يلزم الإتيان باليمين من قيام[24]. وأن يكون الحالف مستقبل القبلة بالجامع، فإن أبى أن يحلف فيه عدّ ناكلا، فإن سأل المحلوف له مسجدًا آخر يعظّونه أجيب إلى مطلبه.

واستشهد الشّيخ جعيّط بقول الناظم محمد بن أبي القاسم السّجلماني[25] (-1214هـ/1799م) في منظومة العمل المطلق[26]:

وعـنـدمـا تغلّـظ اليميـن فـي ❁ ربع دينار مكان الحلـف

المسجد الجامع هو الأعظـم ❁ ما لم يكن في بلد يعظّـم

فـيه سـواء مـن مساجدهــم ❁ فإنّ في هذا يكون القسم

---

[22] ن.م 130-131

[23] الطّريقة المرضيّة 82 وما بعدها. ط.أولى

[24] إذا كان الحقّ أقلّ من ربع دينار فلا يمين – المعيار 10/23

[25] أنظر ترجمته في : مخلوف : شجرة النّور 376 رقم 1505

[26] أنظر : مجموع المتون 302

ثمّ ذكر الشّيخ جعيّط أنّ الخصم لو طلب تحليفه على المصحف أو سورة براءة أو قد سمع، أو أضرحة الصّالحين أجيب إلى ذلك لأنّ المقصود من اليمين هو الإرهاب، أمّا لو طلب تحليفه بالطّلاق فينبغي أن لا يجاب إليه[27].

وذكر الشّيخ جعيّط أيضا : أنّه شاهد الحلف في الجوامع يكون عند المصحف الموضوع بوسطها، وإنّه لم ير الحلف بين المنبر والمحراب أصلا وهو جار على قول المدوّنة : «ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر، إلاّ منبر النبي صلّى الله عليه وسلّم في ربع دينار، قال أبو إبراهيم : فيه إشارة إلى أنّ الجامع كلّه سواء، وهي رواية في المذهب[28]، ثم بيّن الشّيخ جعيّط أنّ الذي جرى به العمل أنّ المتّهم إذا نكل عن اليمين غرم بمجرّد نكوله، ولا يطلب المدّعي بالحلف على ما ادّعي، ونقل عن المعيار في أوّل نوازل الدّعاوي رواية عن الإمام مالك أن يمين التّهمة لا تردّ، فإن أبى المتّهم ونكل عنها، حبس أبدًا حتى يحلف[29].

أثبتت هذه العيّنات إلمام الشّيخ جعيّط بما جرى به عمل تونس، لكنّه أيضا كان له اطّلاع كبير على عمل فاس والقيروان وقرطبة، وكان كثيرا ما يقارن بين عمل كلّ قطر ويبيّن الخلاف أو التطابق الذي وقع بين هذه الأقطار.

ومن المباحث التي تبيّن اطّلاع الشّيخ جعيّط عن الذي جرى به العمل في فاس:

– مبحث شروط صحّة الدّعوى : بيّن الشّيخ أنّ الطالب إذا كان يجهل قدر حقّه فإنّه يعذر، وعمل المغرب أنّ دعوى المجهول تسمع، عندما قال : إذا كان الطالب

---

[27] جاء في المدوّنة : أنّ يمين الطلاق يجاب إليه وهو رأي الجمهور 2/ 128-129

[28] سحنون : المدوّنة 4/103 – الونشريسي : المعيار ط.بيروت 10/308

[29] المعيار : 10/ 232-233

يعرف قدر حقّه وامتنع من البيان لم تسمع دعواه، بخلاف ما إذا جهل قدره كدعوى الرّجل منابا من وقف كثر مستحقّوه، فإنّه يعذر لغلبة الجهل بكيفيّة قسمة الأوقاف، وما جرى به العمل في المغرب هو سماع الدّعوى بالمجهول إذا كان لا يعرف قدره[30].

وهذه عيّنة تبيّن تطابق ما به العمل التونسي والفاسي:

- مبحث الشّهادة على الخطّ : ذكر الشّيخ جعيّط أنّ الذي جرى به العمل الفاسي، أنّ الشّاهد إذا عرف خطّه ولم يذكر شهادته، فإنّه يؤدّيها إذا لم يكن في الكتاب محْوٌ أو بِشْرٌ لم يتعذّر عنه وتنفع المشهود له[31]، واستدلّ بقول صاحب العمليّات الفاسيّة[32].

والشاهد العارف خطّه ولم ❁ يذكر شهادته أدّى للحكم

إن لم يكن محو به أو ريبة ❁ وتنفع الشّهادة المطلوبة

ثمّ ذكر الشّيخ جعيّط أنّ العمل التونسي مطابق لما به عمل فاس، ووضّح المسألة بقوله : «إنّ العدول المنتصبين للإشهاد يعملون على ما قيّد، ووضعوا علامتهم وإن لم يذكروا الشّهادة، وحكم القاضي في ذلك مخالف لحكمهم، فإذا وجد حكما في ديوانه بخطّه دون أن يذكره، فليس له أن يعمل به إلاّ أن يشهد عنده بذلك الحكم شاهدان، وكذا إذا وجده القاضي المتولّي بعده، فإنّه لا يعمل به دون أن يشهد شاهدان[33]».

أمّا العيّنات الموالية، فإنّها تبيّن الفارق بين عمل تونس وفاس:

---

[30] ابن فرحون : التّبصرة بهامش علّيش 127/1 – التّسولي : البهجة 138/1 وما بعدها – الطّريقة المرضيّة 14

[31] الونشريسي : المنهج الفائق 86 وما بعدها – المعيار 134/10

[32] الفاسي : عبد الرحمن: مجموع المتون 209

[33] الطّريقة المرضية 178-179

– مبحث العقلة : يعتبر الشّيخ جعيّط أنّ ما جرى به العمل في تونس هو أنّ المدّعي إذا طلب عقلة الشّيء المتنازع فيه، فإن لم يكن إلاّ بمجرّد الدّعوى لم يجب مطلبه، أمّا عمل فاس، فإنّه جرى بالتّوقيف بمجرّد الدّعوى، فإذا أقام المدّعي البيّنة على ما يدّعي أجيب إلى ذلك[34].

– مبحث تجديد الوكالة : بيّن الشّيخ جعيّط أنّ المعتمد في تونس في هذا المبحث أنّه إذا وكّل شخص وكيلا على مخاصمة رجل، فلم يقم الوكيل بشيء إلاّ بعد سنتين أو أنشب الخصومة قبل ذلك، ثم أتى بالبيّنة بعد هذه المدّة، فإن وقع في وكالته أنّها دائمة مستمرّة بقي على الوكالة ومكّن من المخاصمة، ولا ينعزل عن الوكالة إلاّ بنصّ صريح، وإن لم يقع التّقييد بذلك، يبعث الحاكم إلى الموكّل ليسأله أهو على وكالته. أمّا عمل فاس فإنّه يرى تجديد الوكالة[35]، وبيّن الشّيخ جعيّط أنّه لا يعلم أنّ أحدا من التّونسيين نصّ على أنّ العمل التّونسي موافق لعمل فاس[36].

ومن المباحث التي تعرّض فيها الشّيخ جعيّط إلى الخلاف فيما جرى به العمل بقرطبة والقيروان:

– مبحث الدّعاوي : يقول الشّيخ إنّ الذي عليه العمل بقرطبة، أنّ الدعاوي إذا كانت لشخص واحد تجمع في يمين واحدة، ولا تتعدّد الأيمان بتعدّد الدّعاوي[37]، أمّا الذي به العمل في القيروان، هو أنّ الأيمان تتعدّد بالدّعاوي ولو لشخص واحد[38].

---

[34] الطّريقة المرضية 75 ط. أولى

[35] لمزيد الاطّلاع على هذه المسألة أنظر : ابن فرحون : التّبصرة 124/1

[36] الطّريقة المرضية، 8

[37] يوضّح المعيار في نوازل الدّعاوي ما به عمل قرطبة 243/10

[38] الطّريقة المرضية 20-21

وهذه عيّنة انتصر فيها الشّيخ جعيّط للعمل التّونسي، وأيّد البرزلي[39] (-844 هـ/1440م) وحلولو[40] (كان حيّا سنة 875هـ/1470م). وخالف ميّارة والتّاودي حول بيّنة الإراثة في مبحث الشّهادة، حيث أثبت الشّيخ جعيّط في بيّنة الإراثة، أنّه يجب أن يذكر الشّهود انحصار إرث المتوفّى في الأشخاص الذين يعيّنونهم في علمهم، وأن يذكروا عدم علمهم بوارث سواهم، وبذلك يقع التّعارض بين بيّنتي وفاة تشهد إحداهما بعدد من الورثة، وتشهد الأخرى بعدد زائد، وقدّم الشّيخ جعيّط مثلا آخر، وهو أن تشهد بيّنة بأنّ العاصب له بيت المال، وتشهد الأخرى بأنّ العاصب له ابن عمّه فلان، ثمّ يقول : «إذ لا منافاة بين العلم بالشّيء من شخص، وعدم العلم به عن آخر، فيعمل حينئذ بالبيّنة الشاهدة بالعدد الزّائد، والبيّنة الشّاهدة بأنّ العاصب له ابن عمّه فلان، لكن يلزم في البيّنة الشاهدة بتعصيب ابن العمّ أن تذكر الجدّ الجامع وإلا كانت الشهادة بالتّعصيب ملغاة، ثمّ نقل عن البرزلي قوله : «العمل اليوم لابدّ من ذكر الجدّ الجامع الذي يجتمعان فيه وإلا فلا تصحّ، ونقل حلولو في اختصار نوازل البرزلي قوله : «إذا شهد أنّه شقيق فلان فذلك يستلزم أنّهما رجل واحد، ولم يذكره ولا يدخلهما خلاف إذ لم يرفعها الشّاهد إلى جدّ معين[41].

فما ذكره البرزلي وحلولو، هو الذي جرى به عمل تونس، أمّا الذي به عمل فاس، فإنّ الشّيخ جعيّط أخذه عن ميّارة الذي لا يشترط بيان التّعدّد إلاّ في منازعة الأقرباء فيما بينهم، لا مع بيت المال، ونقل جواب التّاودي عن التّسولي في حواشي

---

[39] هو أبو القاسم أحمد بن محمد البلوي القيرواني : مخلوف : شجرة النور 245 رقم 879 – كحالة : معجم المؤلفين 158/2

[40] أبو العبّاس أحمد بن عبد الرحمن اليزليطني القروي – مخلوف : شجرة النور 259 رقم 947 – وفي السّخاوي: الضّوء اللاّمع 260/2 وكحالة : معجم المؤلّفين 215/1 كان حيّا سنة 895هـ/1490م.

[41] أنظر : حلولو : مختصر نوازل البرزلي (مخ) 199/2

الزّقاقيّة، وهذا نصّ جواب التّاودي : «تحرير المسألة ومحصّلها على ما تفيده أجوبة المحقّقين، وكلام أصحاب النّوازل أنّه إذا لم يكن هناك وارث يدّعي ذلك إلاّ مقيم البيّنة، كان بيان التعدّد فيها بشرط كمال وصحّت دونه كما في المتّيطيّة، وإن كان هناك معارض لها، ومن يدّعي خلافها فلابدّ من بيان التعدّد ليعلم الأحقّ منها»[42].

وبعد أن نقل الشّيخ جعيّط آراء فقهاء تونس والمغرب في المسألة، انتصر إلى ما به عمل تونس، وأوجب على القضاة العمل به، بدليل قوله : «ينبغي أن يعوّل القاضي هنا على ما نقلناه عن البرزلي وحلولو، لا على ما قيّد به المسألة ميّارة والتّاودي، لأنّ عملنا على عدم التّفصيل بدليل إطلاقهما»[43].

ولم يقم الشّيخ جعيّط بمساندة مطلقة لعمل تونس، بل خالفه في بعض المباحث علما وأنّ عمل تونس في المبحث الذي سأذكره هو مذهب عبد الرحمن بن القاسم[44] (-191هـ/807م). إلاّ أنّ الشّيخ جعيّط رجّح رأي أشهب[45] (-204 هـ/819م) وصورة المسألة في :

- مبحث الإقرار بالنّسب : «فإذا أقرّ أحد أنّ فلانا ابن عمّه لا وارث له غيره وأشهد بذلك ثمّ مات، فمذهب ابن القاسم لا يثبت النّسب بهذا الإقرار وإنّما له المال بعد التأنّي، فإن لم يأت له طالب أخّره المقرّ له مع يمينه، وذكر الشّيخ جعيّط أنّه مذهب

---

42 التّاودي : حاشيته على الزّقاقية (مخ) رقم 8265/69 - التّسولي : حاشيته على التّاودي على الزقاقيّة، ط. حجريّة 90

43 الطّريقة المرضية 155-156 ط. أولى

44 عياض : المدارك 434/2 - مخلوف : شجرة النّور 58 رقم 24

45 أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز : ابن النّديم: الفهرست 281 - الشّيرازي : طبقات الفقهاء 156 - ابن خلّكان : وفيات الأعيان 238/1

عبد الملك بن حبيب[46] (-238هـ/853م) وابن الماجشون[47] (-212هـ/827م) وأصبغ بن الفرج، ثمّ ذكر الشّيخ جعيّط مذهب أشهب، وهو أنّه لا يستحقّ الميراث إلاّ من استحقّ النّسب، وثبت له ما تثبت به الأنساب، ثمّ أردف الشّيخ جعيّط قائلا : «مذهب أشهب هو النّظر والقياس إلاّ أنّ العمل جرى بقول ابن القاسم»[48]، وخالف الشّيخ جعيّط عمل تونس وأخذ بعمل فاس في اعتبار التعدّد من شروط قبول الشاهد، حيث تقبل شهادة غير العدول إذا انعدم العدول ويشترط فيهم الستر ولا يقلّ عددهم عن السّتة[49].

- علم التّوثيق في «الطّريقة المرضية» :

خصّص الفقهاء قانون العقود والتزامات بفنّ خاصّ به سمّوه علم التّوثيق، ووضعوا كتبا في أصول التّوثيق، وشروط العقد الكتابي: «الوثيقة» سواء كانت أصليّة أو استرعائيّة[50]، وسواء كانت صادرة عن إرادة مزدوجة أو إرادة منفردة[51]، وبيّنوا صفة الموثّق[52] والشروط التي تجب في كاتب الوثيقة[53]، وما ينبغي للموثّق أن يحترز منه ويتفطّن إليه[54]، حتّى صار علم الوثائق علما قائما بنفسه خصّه الفقهاء بالشّرح

[46] عياض : ن.م 301/3 – الذّهبي : تذكرة : تذكرة الحفّاظ 537/2

[47] أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز : عياض : ن.م 360/2 – مخلوف : شجرة النّور 56 رقم 11

[48] الطّريقة المرضية 103-104

[49] ن.م 144

[50] الونشريسي : المعيار 199/10

[51] العلوي : كتاب المواريث 15

[52] الونشريسي : المنهج الفائق، 04 وما بعدها

[53] ابن فرحون : التّبصرة بهامش عليش 235/1 وما بعدها

[54] الونشريسي : ن.م 45 وما بعدها

والدّرس، ولم يقصروا هذا العلم على ناحية من النّواحي الفقهيّة، فبيّنوا أحكام العقود والالتزامات على الإطلاق، وتكلّموا في جميع الوثائق[55]، يقول التّسولي متحدّثا عن أهميّة التّوثيق عند أبي بكر محمد بن عاصم الغرناطي[56] (-829هـ/1426م) : للنّاظم كلام على الوثائق لأنّ الفقه المذكور في النّظم هو الذي بنيت عليه العقود وبه رسمت الوثائق، فمعرفته طريق لمعرفة ما يصحّ من الوثائق وما يبطل منها[57].

وبما أنّ كتاب «الطّريقة المرضية» يعتبر من المراجع المهتمّة بدراسة العقود والوثائق، فطبيعي أن يكون الشّيخ جعيّط ملمّا بعلم الوثائق وخصوصا في البلاد التونسيّة.

وهذه عيّنات من التّوثيق والإجراءات التابعة له، استقيتها من «الطّريقة المرضية» وضبطتها في المباحث التالية :

- مطلب الدّعوى : من أنظار المحاكم الشرعيّة التونسيّة، مطلب الدّعوى الذي ضبطه الشّيخ جعيّط في تقديم مطلب للقاضي في ورق معتاد كتابةً، يبيّن به المدّعي موضوع الدّعوى وحاصلها، فيوقّع القاضي على الشّكاية أنّها من النّوازل الشخصيّة أو من النّوازل الاستحقاقيّة، وبيّن الشّيخ جعيّط أنّ التّراتيب اقتضت أن يحيل القاضي الشّكاية على كاتب مكلّف بإعطاء ورقة خاصّة، مبيّن بها نوع النّازلة، ويسلّم الكاتب الورقة للطالب ليذهب بها إلى إدارة التّسجيل، ويدفع معلوما يختلف باعتبار كون النّازلة شخصيّة أو استحقاقيّة، ويقدّم الورقة إلى القاضي، الذي يحيل النّازلة إلى دائرة العدول لكتب المقال، وتوضع الورقة بملف النّازلة.

---

[55] العلوي : ن.م 15

[56] البغدادي : إيضاح المكنون 1/127 – مخلوف : شجرة النّور 247 رقم 891

[57] التّسولي : البهجة 1/11

وإذا عجز الطّالب عن دفع المعلوم، ذكر الشّيخ جعيّط أنّه يكلّف بإثبات العجز، وعندها يكتب القاضي على الشّكاية ما نصّه : «يمنح الإعانة العدليّة» وحينئذ يعفى الطّالب من دفع المعلوم[58].

- مبحث العمل بالنّسخ : بيّن الشّيخ جعيّط أنّ النّسخ لا يعمل بها إلا إذا كانت مقامة عن إذن الحاكم الشّرعي، ومختومة بختمه، وخاطب عليها. وكيفيّة الخطاب بالنّسبة لنسخ الأحباس، أن يكتب الحاكم أعلى النّسخة بخطّه ما نصّه : «قوبل بأصله فتطابقا وكان نصّا سواءً، أو «قوبل الفرع بأصله فتطابقا وكانا نصّا سواء، وأعلم به فقير ربّه فلان القاضي ببلد كذا أو المفتي ببلد كذا»، والأصل المنسوخ منه لابدّ أن يثبت عند القاضي ويكون بحيث لو حضر لقضي به...[59].

وقال الشّيخ جعيّط في مسألة إخراج النّسخ : «لا حرج في إخراج النّسخ إذا لم يخش تكرّر الحقّ كالأحباس والوصيّة بالثّلث لمعيّن... ويخاطب القاضي على نسخ غير الأحباس بقوله : «ثبت لديّ» وتساءل : هل هذا الخطاب يفيد صحّة الرّسم مطلقا، أو لا يفيد إلاّ عدالة عدلي الرّسم؟

ثمّ ذكر اختلافا وقع بين الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور الجدّ والشيخ حمدة الشاهد في المسألة، فالشيخ محمد الطاهر ابن عاشور الجدّ يرى أنّ «ثبت لديّ» يفيد صحّة الرّسم بدليل إفراد الضمير في «ثبت»، فهو يعود على الرّسم، وحينئذ فلا يخاطب القاضي على رسم لا يصحّ الاحتجاج به، وإن كان عدلاه ثابتي العدالة عنده، والشيخ محمد حمدة الشاهد (-1311هـ/1894م) يرى قصر إفادته على عدالته عدلي الرّسم.

---

[58] الطّريقة المرضية 3-4 ط. أولى

[59] الطّريقة المرضية 190 وما بعدها - 231-232 ط. أولى

ورجّح القضاة التونسيون مختار ابن عاشور الجدّ حسبما ذكر الشيخ جعيّط، وأبوا وضع أختامهم في رسوم بشهادة عدول ثقات، إذا كان الرّسم مشتملا على ما لا يجوز في مذهب مالك، مثل بيع الكمشة وبيع الثّنيا ورهن الانتفاع[60].

- مبحث استخراج المضامين : بيّن الشّيخ جعيّط كيف تخرج المضامين من رسوم الأملاك المشتركة، وذلك إذا أراد شريك الاستقلال برسم، فإنّه يطلب من الحاكم الشّرعي الإذن لعدلين في إخراج مضمون بالرّسم الأصلي للملك، ليكون حجّة بيده، وتتمثّل مهمّة الحاكم الشّرعي، في تسلّم الرّسم الأصلي والتأمّل فيه وفي صحّته وفي عدالة شاهديه، ثمّ يأذن لعدلين في إخراج مضمون منه يذكران فيه انتقال الملكيّة وأسبابها، ويذكران أنّه كتب هذا المضمون بالإذن من فلان القاضي أو المفتي، ليكون حجّة في تملّك فلان للجزء الذي يملكه منه، ويعيّنان مقدار هذا الجزء، ويؤرّخان كتابة المضمون، ولا يعقدان على ما كتباه إلا بعد أن يطّلع الآذن على المضمون، ويتتبّعه ويجده قد استوفى ما بالرّسم من الأركان، فحينئذ يختمه ويكتب بخطّه ما نصّه: «ختم كذا من عام كذا»، ثمّ يضع العدلان علامتيهما ويكتبان في هامش الرّسم الأصلي ما نصّه : «أخرج منه مضمون في تملّك فلان لقدر كذا بشهادة شهيديه فلان وفلان في تاريخ كذا، وبذلك يصير المضمون حجّة فيما أخرج فيه[61].

- مبحث الشّهادة على الخطّ : نفى الشّيخ جعيّط عن هذا المبحث احتمالا وقع فيه البرزلي، حيث نقل عن البرزلي قوله : «إذا لم يضع ذو الخطّ علامته فلا يرفع إليه، لأنّه ربّما كتب ولم يتمّ الأمر» فبيّن الشّيخ جعيّط أنّ ما ذكره البرزلي متعيّن في الشّهادات المدرجة برسوم مستقلّة، أمّا الشهادات المدرجة بدفتر العدل المعدّ لتقييد

---

[60] الطّريقة : 195-197

[61] أنظر : الطريقة المرضية 197

الشّهادات المعروف بدفتر المبيضات، فإنّه يرفع فيه على إمضاء الشّاهد فيه دون علامته، لأنّ الشّاهد لا يضع علامته فيه وإنّما يضع إمضاءه، ثم يمضي معه جليسه، وأكّد الشّيخ جعيّط على أنّه لا يوضع في دفتر المبيضات إلاّ الشهادات التامّة، مبيّنا أنّ بهذه العمليّة ينتفي الاحتمال الذي ذكره البرزلي.

ثمّ بسط الشّيخ جعيّط القول في فرضيّة موت العدل أو غيابه، فإن تمّ ذلك وأريد الرّفع على شهادته، فإنّ التّراتيب التّونسيّة قضت أن يستأذن الحاكم الشّرعي عدليْن في إخراج الشّهادة وإدراجها بالرّسم، فيكتب العدل الحيّ الحاضر شهادته، ويعقد عليها، ثمّ يخرج العدلان أسفل شهادة الحيّ ما بالدفتر، ويعقدان على ذلك بعد أن يشهدا أنّ الإمضاء إمضاؤه ويضمّنا إذن الحاكم، ويختم الحاكم تلك الشّهادة بختمه[62].

- مبحث البيّنة : في مبحث تكليف المدّعي بإقامة البيّنة فيزعم أنّ بيد المدّعى عليه ما يغنيه عنها، بيّن الشّيخ جعيّط أنّ أغلب الموثّقين لا يلزمون المدّعى عليه إعطاء موجباته التي بيده لخصمه، لكي لا يفتح على النّاس باب يعسر سدّه، إلا أبو علي الحسن بن رحّال[63] (-1140هـ/1728م) فإنّه اختار القضاء عليه بذلك واستظهر أنّه لو رفع لعدل ينظر فيه أو حلف أنّه لم يقصد حيلة، وإنّما أراد الانتفاع به لكان حسنا[64].

ولم يوافق الشّيخ جعيّط ما جاء في حاشية محمد بن سلامة على التّاودي عند قول التّحفة[65] :

وطالب التّأخير فيه سهلا ❁ لمقصد يمنعه وقيل لا

[62] الطّريقة المرضيّة 180-181 ط. أولى

[63] مخلوف : الشّجرة 334 رقم 1313

[64] الطّريقة المرضيّة 56-57

[65] ابن عاصم : تحفة الحكّام 06

عندما قال محمد بن سلامة (-1266هـ/1850م) : ما جرى به العمل في تونس، وهو أنّ الرّسم إن كان حاضرا دفع لعدل ينظر فيه[66]، قال الشّيخ جعيّط : «أنا أشكّ في صحّة العمل الذي ذكره إذ لم ينصّ عليه قاسم عظوم ولا حسن الشّريف (-1289هـ/1875م) ولا أحمد بن الطاهر، ولعلّه رأى بعض شيوخه من القضاة فعل ذلك اغترارا بكلام أبي علي بن رحّال فحكاه عملا»[67]، ودليل الشّيخ جعيّط يدلّ على أنّه متمكّن من تراتيب التّوثيق بتونس.

وعندما يضعّف الشّيخ جعيّط رأي الفقهاء يقدّم حجّته، والحجّة التي قدّمها الشّيخ جعيّط في هذه المسألة قوله : «إنّ ما ثبت الاشتراك فيه أو تعيّن الحقّ فيه للطالب وكان مسلما كرسوم المحاسبات والتّركات والأحباس وعقود الأملاك لا خلاف فيه، وإنّ الحجّة متى كانت موروثة أو أقامها الجميع، فمن أراد نسخة منها أخذ الأجر من الجميع، إذ لا وجه لاستبداد واحد دون الآخر، إلاّ إذا تراضوا على تمكينها من شخص واحد منهم، ومن أسقط حقّه لا يلزمه أجرًا»[68].

- مبحث شهود البيّنة : انتقد الشّيخ جعيّط التّساهل الواقع من الحكّام، في المحاكم الشرعيّة التونسيّة في قبول تزكية من لا يعرفونه، فتحدّث عن الشّروط التي يجب أن تتوفّر في شهود البيّنات الاسترعائيّة، مبيّنا أنّهم إذا كانوا عدولا معروفين بالعدالة ككونهم منتصبين للإشهاد، أو حاملين لأوامر تخوّلهم الانتصاب للإشهاد، فإنّهم لا يحتاجون إلى تعديل أو تزكية، ويكتب الموثّق تحت اسم الشّاهد هذه العبارة : «معروف بالعدالة» وإذا لم يكونوا كذلك احتاجوا إلى التّعديل، فإن علم العدلان المأذونان بالرّفع عليهم عدالتهم، كتبا تحت اسم كلّ واحد منهم هذه العبارة «وأزكّيه».

---

[66] ابن سلامة : حاشيته على التّاودي (مخ) 9440 : 111 وما بعدها

[67] الطّريقة المرضية : 59

[68] الطّريقة المرضية 59-60 ط. أولى

وبيّن الشّيخ جعيّط أنّهما إن لم يعلما عدالتهم، افتقر إلى أن يزكّيهم رجلان عدلان معروفان عند القاضي...[69].

-مبحث الشّهادة الأصليّة : ذكر الشّيخ جعيّط في هذه المسألة أنّ الحاكم ينبغي عليه أن يتنبّه إلى أنّ الشهادات الأصليّة في التبرّعات، يلزم تصريح الموثّق فيها بالإشهاد، وإلا تعتبر ملغاة، وقدّم الطّريقة الصّائبة وهي أن يقول الموثّق «أشهد فلان أنّه وهب أو تصدّق»، واشترط على الموثّق إذا قال في فاتحة الوثيقة «وهب فلان أو تصدّق أو وكّل «يلزم أن يقول في آخرها» وشهد على إشهاده بذلك»[70].

– مبحث الاستحقاق العقّاري : هذه عيّنة تثبت تمكّن الشّيخ جعيّط من علم التّوثيق عند المالكيّة والأحناف، فهي تبيّن تحديد العقّار في المذهبين والإجراءات القانونيّة التي تقام عند التّنازع حوله.

فالمذهب الحنفي يرى أنّ تحديد العقّار يكون بذكر العقّار المُحادّ له وبيان نوعه وبيان مالكه، وإذا كان المحدود به على ملك متعدّدين ورثة أو غير ورثة، فذكر واحد منهم كاف، وتذكر الفواصل بين الحدّ والمحدود ويكتفي بثلاثة حدود، ولكن إذا ذكر الرابع يلزم ذكره محرّرا على الوجه الأتمّ، ويرى المذهب المالكي في استحقاق العقّار أنّ صحّته تستدعي تعيين ناحية العقّار وتشخيصه بذكر حدوده من جهاته الأربع على وجه مفصّل...

ولو وقع التّنازع حول حدود العقّار، قدّم الشّيخ جعيّط الإجراءات الكفيلة بالبتّ في القضيّة، وذلك بإحضار الشّهود والإذن بخروج عدلَيْن أطلق عليهما

---

[69] ن.م 162-163

[70] ن.م 154-155

اسم «التوجّه» إلى محلّ النّزاع وتلقّي الشّهادة وسماع الدّعوى والجواب، وتحمل المصاريف على المبطل في التّحديد[71].

- مبحث دفتر المراسلات : بيّن الشّيخ جعيّط أنّ كتاب القاضي كان يُطلق عليه اسم مراسلة، وأنّ النّاس في عهده كانوا يتغالون في اقتناء مراسلات القضاة التّونسيين المعروفين بالعلم والتّحقيق، مثل الشيخ إسماعيل التميمي والشيخ محمد الخضّار.

وذكر الشّيخ جعيّط أنّ دفتر المراسلات كان يمسكه عدلان ويضمنان به المراسلات الصادرة، وإذا وجدت مراسلة مخالفة لمراسلة صدرت في القضيّة من بعض الحكّام يعلمون الشيخ المراسل، ليتذاكر مع صاحب المراسلة السّابقة، ويرجع أحدهما إلى ما رآه الآخر، فإن بقيا على الاختلاف يُنهيا الأمر إلى رئيس تلك الدّائرة، وهو الذي يبتّ في المسألة، ثمّ استعيض عن اسم المراسلة، وتغيّر بلفظ «مكتوب»، وكانت المراسلة يحملها المنتفع إلى قاضي الجهة، وصار المكتوب يوجّه إلى القاضي المنهيّ إليه بواسطة البريد، فإذا كان مصحوبا بالحجج، يخشى عليها من الضّياع يرسل المكتوب والحجج على طريق ضمان البريد، والمكاتيب الموجّهة إلى قاض من قضاة الجهات تضمن بدفتر معدّ لذلك يمسكه كاتب المحكمة، كما أنّ الوارد من الكتب يضمن بدفتر معدّ لذلك[72].

فجميع هذه المباحث تؤكّد تضلّع الشّيخ جعيّط في فقه العمل والتوثيق.

2 - <u>أسلوب تأليف «الطّريقة المرضيّة» :</u>

إنّ المتتبّع لأبواب الكتاب، يتبيّن له أنّ الشّيخ جعيّط لا يعتمد عند تبسيط مسألة فقهيّة على مرجع واحد، ولا يطنب في النّقول، بل يجمع آراء الفقهاء ويفصّلها

---

[71] الطّريقة المرضية: 15

[72] أنظر : الطّريقة المرضية : 230

ويحقّقها دون استطراد، ويحيل إلى المصادر والمراجع، ويذكر أحيانا الصفحة ودار الطبع، ويظهر مواطن الإجماع ومواطن الاختلاف داخل المذهب، ويضعّف ويرجّح ويربط المسائل بأصولها، ويستشهد أحيانا بقضيّة وقعت بين يديه وتولّى الحكم فيها أو حادثة وقعت لأحد شيوخه، وعندما يخالف رأيا، يعلّق مستعملا غالبا لفظة : «قلت».

ولم يقم الشّيخ جعيّط بتجميع المعلومات الفقهيّة من كتب الأحكام والعقود والأقضية، بل كان يختار المسائل حسب الفصول التي أدرجها في «طريقته».

وعلى سبيل المثال استشهد بحُكم حكم به أبو بكر بن زرب[73] نقلا عن التّبصرة في مبحث اليمين، وذكر ابن فرحون هذا الحكم بين الكثير من المسائل والفروع والأقضية، في الباب الثامن والعشرين الخاص بالاتّهام وأيمان التّهمة[74].

وطريقة الشّيخ جعيّط في ضبط المسألة، أنّه ينقل باختصار، ويكثر من المصادر والمراجع الهامّة في المسألة الواحدة، ومن ذلك ما جاء في مبحث الشّهادة على السّماع في النّسب[75].

قال الشّيخ جعيّط : «قال في الكافي : الشّهادة على السّماع عند مالك وأصحابه جائزة في النّسب المشهور، وفي الولاء المشهور، فإذا قال الشهود : لم نزل نسمع أنّ فلان بن فلان مولى فلان بن فلان مولى عتاقة، أو أنّه ابن عمّه ثبت بذلك النّسب والولاء، وقال ابن القاسم : لا يثبت بذلك نسب إنّما يستحقّ بها المال، إلاّ أن يكون أمرا مشتهرا مثل نافع مولى ابن عمر[76].

---

[73] الطّريقة المرضيّة، 87 ط. أولى

[74] ابن فرحون : التّبصرة 274/1

[75] الطّريقة المرضيّة، 205 ط. أولى

[76] نقل الشّيخ هذه المسألة باختصار، أنظر : ابن عبد البرّ : الكافي 2/ 182-220

وقال ابن رشد[77] : شرح المسألة أربعة عشر من سماع أبي زيد، من شهادات البيان ما نصّه : «وأمّا إن لم يكن السّماع بذلك مشتهرا اشتهارا يصحّ للشّاهد به الشّهادة على القطع، فقال : لم أزل أسمع من أهل العدل وغيرهم، أنّ فلانا هو ابن فلان أو مولى فلان، ففي ذلك اختلاف، قيل إنّه يثبت بذلك النّسب والولاء، وهو قول أشهب، والذي يأتي على قول ابن القاسم، في سماع أصبغ، في إجازة شهادة السّماع في ضرر الزّوجين، وقيل : إنّها لا يثبت بها النّسب ولا الولاء، ويستحقّ بها الميراث وهو قول ابن القاسم في هذه الرّواية، وفي المدوّنة[78]، ويتخرّج في المسألة قول ثالث : أنّها لا يثبت بها النّسب ولا يستحقّ بها المال، وأنّ المال لا يستحقّ إلاّ بعد إثبات النّسب والولاء[79].

فهذه المسألة وغيرها كثير، تبيّن أنّ الأسلوب الذي توخّاه الشّيخ جعيّط، أنّه يعتمد على كبار فقهاء المذهب، وعلى المصادر المعتمدة فيه.

ولا يعتمد الشّيخ جعيّط على نقول بعض الفقهاء في مراجعهم، بل يعود إلى الأصل ليتثبّت فيه، ومثال ذلك ما نقله التّسولي[80] (-1258هـ/1842م) من المعيار، واعتبره الشّيخ جعيّط إجحافا ربّما يُوقع لُبْسًا في كيفيّة الاستدلال به حسب عبارته، حيث جاء في البهجة عند شرح التّسولي لقول النّاظم:

لأنّه أضبط للأحكـام ❁ ولانحصار ناشئ الخصـام

---

[77] ابن رشد : البيان والتحصيل 232/10

[78] سحنون : المدوّنة 4/ 88-89

[79] الموّاق : التاج والإكليل 114/6

[80] أبو الحسن علي بن عبد السّلام – مخلوف : شجرة النّور 397 رقم 1576 – الحجوي: الفكر السّامي 299/2

في مسألة اضطراب الدّعوى : ومنه ما في نوازل الدّعاوي من المعيار في مريض تصدّق على أخيه، فقبض الأخ الصّدقة، وحازها، ثمّ مات المريض، فردّ على ورثته ما زاد على الثّلث، ثم تبيّن أنّ الصدقة في الصحّة وأنّها جائزة كلّها[81].

وعند رجوع الشّيخ جعيّط إلى الونشريسي[82] (-914هـ/1508م) وجد أنّ التّسولي تصرّف في نقله، وجعل استشهاده مبتورا.

وما جاء في المعيار قوله[83] : «سئل سحنون[84] (-240هـ/854م) عن رجل تصدّق على أخيه بنصف ماله، وهو مريض مرضا طويلا دام سنين، يخرجه في حوائجه ويقضيها، فقبض أخوه الصّدقة وحازها سنين، ثمّ إنّ الأخ المريض مات، وقام عليه ورثة المتصدّق، فقالوا للمتصدّق عليه : لا يجوز لك إلاّ الثلث»، وقد سألنا الفقهاء لا يجوز لك إلا الثّلث.

فدفع إليهم المتصدّق عليه مازاد على الثّلث، ثمّ علم أنّ الصّدقة جائزة فأجاب بأن قال : من يعلم أنّك كنت جاهلا أنّ الصدقة لك كلّها، أنت تدفع إليهم مالك، وتوجّهه لهم بعدما قد حزته وملكته، وقمت الآن تدّعي الجهالة، ما أرى لك فيما دفعت إليهم حقّا»، قال له السّائل : أنا أقيم البيّنة، أنّهم قالوا أنّ هذه الصّدقة لا يجوز لك منها إلا الثّلث، وقد سألت عن ذلك الفقهاء فأخبروني بذلك، فقال له : أمّا إن أقمت البيّنة على هذا، فأرى لك أن ترجع عليهم بما أخذوا منك»[85].

81 التّسولي : البهجة 1/ 54-55

82 أبو عبد الله أحمد بن يحي التلمساني. البغدادي: إيضاح المكنون 1/113 – الكتّاني : فهرس الفهارس 2/438 – مخلوف : شجرة النور 275 رقم 1022

83 الونشريسي : المعيار (ط.فاسيّة) 10/194

84 عبد السلام بن سعيد التّنوخي – عياض : المدارك 2/585 – ابن فرحون : الدّيباج 2/30، ط. بيروت، الزّركلي: الأعلام 4/129

85 الطّريقة المرضية 25-26 ط. أولى

وإنّ كتاب «الطّريقة المرضية» أرقى من فقه التّبصرة الفرحونيّة، لأنّ ابراهيم ابن فرحون اكتفى في مبحث الثّبوت مثلا بنقل رأي سراج الدّين البلقيني الشافعي[86] (-805هـ/1403م) دون انتقاده، بينما ردّ الشّيخ جعيّط على البلقيني اعتمادا على أصول المذهب المالكي[87]. فليراجع.

3 - مراجع الشّيخ جعيّط الفقهيّة :

نظرا لتخصّص الشّيخ جعيّط في فقه القضاء، والأحكام، والتّوثيق، والنّوازل، والعمل، فإنّه اعتمد في كتاب «الطّريقة المرضية» على مراجع مخطوطة لم يتمّ فتح أقفالها واستكشاف أسرارها إلا نادرا، وعلى مراجع مطبوعة معتمدة ومتداولة عند المالكيّة، وفيما يلي عيّنات من أهمّها في بعض المباحث التي استقيتها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

لقد اعتمد الشّيخ جعيّط على المخطوطات التالية :

- عيسى بن سهل في الإعلام بنوازل الأحكام : مبحث صفة القائم بالدّعوى[88]
- قاسم بن ناجي في شرح ابن الجلاّب : مبحث قبول غير العدول من اللفيف[89]
- قاسم بن ناجي في شرح تهذيب البراذعي الكبير: توجّه اليمين من المدين على ربّ الدّين[90].

---

[86] أبو حفص عمر بن رسلان: أنظر: مثلا: السّخاوي: الضّوء اللاّمع 85/5 - ابن العماد : شذرات الذّهب 51/7

[87] الطريقة المرضية 267-268 ط.أولى

[88] الطّريقة المرضية، 7

[89] ن.م، 177 وما بعدها

[90] ن.م 53

- عبد الله بن محمد بن شاس : الجواهر الثّمينة في مذهب عالم المدينة: مبحث إبراء الزّوجة زوجها عن الصداق[91].
- أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الحقّ الزّرويلي : تقييد على المدوّنة : مبحث يمين القضاء[92].
- محمد بن هارون الكنّاني التونسي : مختصر المتيطيّة لعلي بن عبد الله المتّيطي: مبحث صفة القائم بالدّعوى[93] ووثائق الاسترعاء[94].
- عبد الله بن أبي زيد القيرواني : النّوادر والزيادات : تصفّح أحكام القاضي الجاهل[95]
- خليل بن إسحاق الجندي : التّوضيح شرح مختصر ابن الحاجب: تصفّح أحكام القاضي[96].
- محمد بن عبد الله بن راشد القفصي : الفائق في الوثائق: حضور المطلوب وجوابه بالإنكار[97].
- محمد بن عرفة : مختصره : غيبة المطلوب عن إيالة القاضي[98] وعدم تعقّب أحكام العدل الميّت[99].

---

[91] ن.م 121 وللإشارة فإنّ كتاب ابن شاس طُبع مؤخّرا.

[92] أنظر : الطريقة المرضية 89 ط.أولى

[93] ن.م 5

[94] ن.م 33

[95] ن.م 286 وللإشارة فإنّ النّوادر طبع مؤخّرا

[96] ن.م 286 كتاب التّوضيح تحت الطبع حاليّا

[97] ن.م 39.كتاب الفائق بصدد الدّرس

[98] ن.م 41

[99] ن.م 283-284. طبع جزء من المختصر مؤخّرا.

- البرزلي : الحاوي في الفتاوي: أحكام القاضي العدل لا تتعقّب[100] صفة القائم بالدعوى[101] ومعنى الثبوت[102].

-شرح محمد بن أحمد بن مرزوق للمختصر الخليلي : مبحث الإنهاء بالإشهاد[103].

- شرح أحمد حلولو للمختصر : مبحث حقيقة الخطاب[104]

- محمد عظوم : الدّكانة : القضاء استنادا للعادة[105]

- محمد عظوم : رعاية الأمانة : الحلّ بالقدح في الشّهود[106]

- قاسم عظوم : برنامج الشّوارد : صفة القائم بالدّعوى[107]

- شرح المختصر لمحمد بن عبد الصادق الدّكالي : حضور المطلوب وامتناعه من الجواب[108].

- حسن الشّريف : معين المفتي : مبحث العمل بالنّسخ والمضامين[109]

---

[100] الطّريقة المرضية 283

[101] ن.م 96 كتاب البرزلي طبع مؤخّرا

[102] ن.م 217

[103] ن.م 229

[104] ن.م. ط. أولى

[105] ن.م: 46

[106] ن.م 66

[107] ن.م 7

[108] ن.م 33

[109] ن.م 196

- حسن الشّريف : حاشيته على ميّارة على الزّقاقية : صفة القائم بالدّعوى[110]
- أحمد بن الطاهر اللطيّف : حاشيته على التّاودي على التّحفة : الإعذار[111]
- محمد بن سلامة : حاشيته على التّاودي على التّحفة : إقامة البيّنة[112]

كما اعتمد الشّيخ جعيّط على المطبوعات التالية : سحنون: المدوّنة: قبول كتابة القاضي[113]

- أبو الوليد الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك : الاستقلال بالقضاء[114]
- أبو عمر يوسف بن عبد البرّ : الكافي في الفقه : يمين الإنكار[115]
- أبو الوليد محمد بن رشد : البيان والتّحصيل : الأحكام التي يجوز تعقّبها[116]
- إبراهيم بن فرحون : تبصرة الحكّام : المواضع التي يدخلها الحكم[117]
- شهاب الدّين القرافي : الفروق: المبحث السّابق مثلا[118]
- شهاب الدّين القرافي : الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: مبحث الفرق بين المجتهد في الفتوى والحكم[119]

---

[110] الطّريقة المرضية 7

[111] ن.م 75

[112] ن.م 59

[113] ن.م 235

[114] ن.م أنظر: 287 و ما بعدها

[115] ن.م 93

[116] ن.م 280

[117] ن.م 262

[118] ن.م 262 و ما بعدها

[119] ن. م 256

– خليل بن إسحاق الجندي :المختصر الفقهي : نقض قضاء العدل العالم[120]

– محمد الأبّي : إكمال الإكمال : الشّهادات[121]

–قاسم بن عبد الله الأنصاري بن الشّاط : إدرار الشروق: إسقاط المرأة نفقة المستقبل[122]

– أحمد الونشريسي : المعيار المعرب : صفة القائم بالدّعوى[123]

– علي بن زين العابدين الأجهوري : الفتاوى الأجهوريّة : الإقرار بالمجمل[124]

– حاشية الرّهوني على الزّرقاني على خليل : شروط صحّة الدّعوى[125]

– حاشية التّاودي على الزّقاقية : سماع شهادة اللّفيف[126]

– حاشية مهدي على الزقّاقية : مسألة الأذون[127]

– حاشية التّسولي على الزقّاقية : نسخة الاسترعاء[128]

– شرح العمليّات الفاسيّة للسّجلماسي : شروط صحّة الدّعوى[129]

–أبو زكريا يحيى بن موسى المازوني : الدّرر المكنونة في نوازل مازونة: مبحث الإقرار[130]

---

[120] الطّريقة المرضيّة 280

[121] ن.م 143

[122] ن.م 122

[123] ن.م 11

[124] ن.م 107

[125] ن.م 14

[126] ن.م 173

[127] ن.م 174

[128] ن.م 34

[129] ن.م 12

[130] ن.م 105

واعتمد الشّيخ جعيّط أيضا على متون المالكيّة مثل :

– متن العاصميّة في مبحث الشهادة على الخطّ مثلا[131]

– متن ابن عاشر في : الجرح والتّعديل[132]

– متن لاميّة الزّقاق : العمل بالنّسخ مثلا[133]

– متن لقد الدّرر لمحمد السّنوسي : اضطراب الدّعوى[134]

– متن العمليّات الفاسيّة لعبد الرحمن الفاسي : شروط صحّة الدّعوى[135]

–متن العمل المطلق لمحمد بن أبي القاسم السّجلماسي :قبول غير العدول من اللفيف[136]

ولم يقتصر الشيخ في كتابه «الطّريقة المرضية» على المؤلّفات فقط، بل كثيرا ما استشهد بفتاوى بعض الفقهاء من أمثال :

– الشيخ إسماعيل التّميمي في مسألة الشّفعة في البيوع الفاسدة[137]، ومسألة فيما يحصل به الحكم[138].

– الشيخ محمد الشاذلي بن صالح في مسألة عدم قبول القاضي الخصام في حقّ الغائب من غير وكالة[139].

[131] الطّريقة المرضية 179

[132] ن.م 163

[133] ن.م 134

[134] ن.م 24

[135] ن.م 12

[136] ن.م 177

[137] ن.م 226

[138] ن.م 241

[139] ن.م 12

- الشّيخ محمّد حمدة الشاهد في مسألة النّسخ والرّسوم[140]
- الشّيخ محمّد الطّاهر ابن عاشور الجدّ في نفس المسألة[141]
- الشّيخ يوسف جعيّط في مسألة رفع الخلاف بحكم الحاكم وما انبنى عليها من الفتاوى، وراجعه في هذه المسألة الشّيخان عمر بن الشّيخ ومحمد النّجار[142].

وليست هذه قائمة نهائيّة لمصادره، وإنّما هي أهمّ الكتب التي اعتمدها الشّيخ جعيّط واستشهد بها، والتي أحال عنها إمّا في الأصل أو في الهوامش، ولقد اكتفيت بالإحالة إلى بعض العيّنات منها، إلاّ أنّ كتاب الطّريقة المرضية، اعتمد على هذه المراجع في عدّة مباحث.

والظاهر أنّ أبرز الكتب التي اعتمدها الشّيخ جعيّط، هي كتب النّوازل والأحكام والوثائق والقواعد المسطّرة، يقول العلوي في كتاب المواريث: «هذه الكتب عبارة عن مجموعة من الفتاوى والأحكام، ومجموعة الفتاوى تلك اسم لاجتهادات رجال القانون والإفتاء، ولنظرياتهم في حلّ النّزاع المعروض على رجال القضاء، وهي اجتهادات مبنيّة على فهم الواقع في الدّعوى، وفهم الواجب شرعا في هذا الواقع، وكيفيّة تطبيق أحدهما على الآخر ولذا قد يختلفون في الفهم، وفي كيفيّة التطبيق إزاء حلّ عقدة النّزاع الواحدة لاختلاف مداركهم، أو لخفاء بعض عوارض النّزاع عند العرض والتّصوير، ثمّ يقول : فلا فرق بين القاضي والمفتي في الفقه الإسلامي إلاّ وجود صفة الإلزام بالحكم بالنّسبة للقاضي، وعدم وجودها بالنسبة للمفتي[143].

---

[140] الطّريقة المرضية 196

[141] ن.م 196

[142] ن.م 254-255

[143] العلوي : كتاب المواريث. 8

وبتتبّع مراجع «الطّريقة المرضيّة» تبيّن لي أنّ أبز الكتب المخطوطة التي اعتمدها الشّيخ جعيّط في فقه القضاء ألّفها تونسيّون، وهذا الأسلوب يثبت مدى ثقة الشيخ في فقهاء الزّيتونة والقيروان من جهة، ولأنّ المخطوطات التونسيّة مليئة بما جرى به عمل تونس، وكتاب الطّريقة يهمّ فقه العمل بدرجة أولى.

فكتاب «الطّريقة المرضية في الإجراءات الشرعيّة على مذهب المالكيّة» يندرج ضمن كتب وسائل الإثبات والمرافعات ومتطلّبات الشهادة وأحكام التّوثيق وصفة الموثّق، وهي علوم مبثوثة في باب القضاء في الفروع الفقهيّة، وفي كتب السياسة الشرعيّة وفي تفاسير آيات الأحكام كآية المداينة (البقرة 282) وآية العقود (المائدة 1) وغيرها كثير.

ولقد خصّ فقهاء المالكيّة فقه الإجراءات بكتب كثيرة ركّزوا فيها على أحكام التوثيق مثل :

- تنبيه الحكّام على مآخذ الأحكام لمحمد بن عيسى بن المناصف (-920هـ)
- تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين بن فرحون المدني (-799هـ).
- العقد المنظّم للحكّام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام لسلمون بن علي ابن سلمون (-767هـ).
- معين الحكّام في القضايا والأحكام لإبراهيم بن عبد الرفيع التونسي (-733هـ)
- فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والأحكام لأبي الوليد سليمان الباجي (-474هـ)...

إضافة إلى كتب العمل التي اهتمّت بالأعراف والعادات التي جرى بها العمل في دول المغرب الإسلامي خصوصا، وأوجد لها الفقهاء سندا شرعيّا، وذلك مثل : تحفة الحكّام لمحمد بن عاصم الغرناطي (-829هـ) وشروحها، كشرح محمد ميّارة

(-1072هـ) وشرح محمد التّاودي (-1209هـ) المسمّى : حلي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم، وشرح علي التّسولي (-1258هـ) المسمّى : البهجة في شرح التحفة...

وأيضا نظّم عمل فاس لأبي زيد السجلماسي (-1214هـ)

وأيضا كتب النّوازل والأقضية مثل نوازل مازونة...

إلاّ أنّ الشّيخ جعيّط لم يقف عند هذه الكتب المطبوعة، ولم يتعبّد بنصوص فقهاء المالكيّة، بل كثيرا ما نجده ينقد ويضعّف من رأى ضعف دليله، ويذبّ عن المذهب المالكي لمّا يتراءى له أنّ أدلّته قويّة وراجحة، فمن الكتب المخطوطة التي انفرد بها الشّيخ جعيّط وأخذ عنها عند تأليفه للطّريقة :

- شرح أحمد حلولو القيرواني للمختصر الخليلي.
- شرح ابن مرزوق التلمساني على مختصر خليل.
- شرح ابن ناجي القيرواني على تهذيب المدوّنة للبراذعي.
- شرح ابن ناجي على كتاب التّفريغ لابن الجلاّب البغدادي.
- الحاوي في الفتاوى للبرزلي القيرواني.
- الدّكانة لمحمد عظوم القيرواني.
- برنامج الشّوارد لقاسم عظوم القيرواني.
- حاشية الشّريف التّونسي على شرح ميّارة للزقاقيّة.
- معين المفتي للشّريف التّونسي.
- حاشية أحمد بن الطاهر التّونسي على شرح التّاودي للتّحفة.
- حاشية محمد بن سلامة التّونسي على شرح التّاودي للتّحفة.
- رسائل كبير أهل الشّورى الشيخ إسماعيل التّميمي...

وتعميما للفائدة، فيما يلي قائمة من المصادر والمراجع في الفقه المالكي التي اعتنت

بالتّوثيق والإجراءات، والأقضية والمرافعات، والعقود والبيانات والشّهادات والسجّلات والأحكام والشّروط... مرتّبة ترتيبا هجائيّا .

الكتب المخطوطة[144]

-أ-

1 - ابن أسد : أبو بكر عتيق الأنصاري (-538هـ) له مختصر في الشروط -مخطوط-

-ب-

2 - الباجي : أبو عبد الله محمد بن أحمد (-433هـ) له الوثائق -مخطوط-

3 - الباجي : نفسه : له سجلاّت القضاة - مخطوط-

4 - ابنِ برّي : علي بن محمد الرّباطي (-730هـ) شرح وثائق الغرناطي - مخطوط-

5 - البطليوسي : محمد بن أبي حمراء (القرن الخامس) له الوثائق -مخطوط-

6 - ابن البقا : يحي بن عمرو الجذامي (-521هـ) : مختصر في الشروط -مخطوط-

7 - البلوي : فرج بن سلمة الأندلسي (-345هـ) له الوثائق -مخطوط-

8 - البنزرتي : إدريس بن محفوظ الشريف (-1354هـ) : النّثر الرّائق في كتب الرّسوم والوثائق -مخطوط بتونس-

9 - البولاقي: أبو يحي مصطفى البرلسي (-1263هـ) : الأبواب والفصول في أحكام شهادة العدول -مخطوط بمصر-

---

144 لمّا أعرف مكان الكتاب أشير إلى ذلك، وعندما أجهل المكان أكتفي بكلمة -مخطوط-

-ت-

10 - التّاملي : داود الجزولي (-899هـ) : مختصر أمّهات الوثائق وما يتعلّق به من العلائق —مخطوط بالمغرب-

-ج-

11 - الجزيري : علي بن يحي (-585هـ) المقصد المحمود في تلخيص العقود —مخطوط بتونس-

12 - الجوهري : أبو الفصل العبّاس بن إسماعيل : كتاب آداب الشهادة —مخطوط-

13 - أبو جيدة بن أحمد اليازغي الفاسي (-361 تقريبا) : الوثائق الشافعية —مخطوط-

14 - أبو جيش : محمد بن إبراهيم الأنصاري (-662هـ) الوثائق —مخطوط-

-ح-

15 - ابن الحاج : أبو البركات عماد الدّين (-771هـ) : خطر فنظر ونظر فخطر في تنبيهات على وثائق ابن فتوح — مخطوط-

16 - الحارثي : أبو الحسن علي بن عمادي (-606هـ) : مختصر في التّوثيق —مخطوط-

17 - الحشايشي : عثمان بن محمد (-1284هـ) : وثائق الحشايشي —مخطوط بتونس-

18 - الحصّار : محمد بن عبد العزيز الأندلسي (-372هـ): وثائق ابن الحصّار —مخطوط-

19 - ابن حمرا : أبو الحسن علي الغرناطي (القرن 5) : الوثائق —مخطوط-

-خ-

20 - الخشني : ابن الحارث محمد (-361هـ) : المحاضر والسجلّات -مخطوط-

-د-

21 - ابن دبّوس : أبو محمد عبد الله الفاسي (ق6) : الإعلام بالمحاضر والأحكام وما يتّصل بذلك ممّا ينزل عند القضاة والحكّام - مخطوط بفاس-

22 - ابن دنْيال : أحمد بن سعيد الأندلسي (-435هـ) : مختصر وثائق ابن الهندي -مخطوط-

- ذ-

23 - ابن ذهل الأندلسي (؟) : مختصر وثائق ابن الهندي -مخطوط-

-ر-

24 - ابن راشد : محمد بن عبد الله القفصي (-736هـ) : الفائق في معرفة الأحكام والوثائق - مخطوط بتونس-

25 - الرباطي : عبد الرحمن بن عبد الله (-1307هـ) : كتاب في الوثائق - مخطوط-

26 - الرباطي : أبو عيسى محمد المهدي (-1344هـ) : تقييد في متولّى القضاء والفتوى والشهادة -مخطوط بالرباط-

27 - الرّعيني : أبو الحسن علي بن محمد (-666هـ) كتاب في الوثائق -مخطوط بالمغرب-

28 - الرّهوني : أبو العبّاس أحمد : التّحقيق والتّدقيق والإفادة في تحرير مسألة من باب الرّجوع عن الشهادة (-1373هـ) -مخطوط بالرّباط-

-ز-

29 - ابن زرب : محمد بن يبقى (-381هـ) وثائق ابن زرب –مخطوط بالمغرب-

30 - ابن أبي زكرياء : إبراهيم بن سليمان الأندلسي (-326هـ) : كتاب في الوثائق –مخطوط بالمغرب-

31 - ابن زكرون : أبو الحسن علي الطرابلسي (-370هـ) الشروط – مخطوط-

32 - ابن أبي زمنين : محمد بن عبد الله (-399هـ) : المشتمل في علم الوثائق –مخطوط-

33 - ابن أبي زمنين : نفسه : منتخب الأحكام – مخطوط بتونس-

34 - الزّهري : أحمد بن سيّد أبيه (حيّا سنة 567هـ) كتاب في الوثائق – مخطوط-

-35 الزّواوي : أبو الرّوح عيسى بن مسعود (-743هـ) له كتاب في الوثائق –مخطوط-

36 - الزّواوي : محمد بن محمد الشريف (؟) رسالة في علم التّوثيق –مخطوط بتونس-

37 - ابن زيري : أبو الحجاج يوسف الطرابلسي (ق6): الكافي في الوثائق – مخطوط-

-س-

38 - ابن سرحان: عبد الله العبدري (-450هـ) كتاب المفيد في الوثائق – مخطوط بمكتبة ابن عاشور-بتونس-

39 - ابن سرحان –نفسه – شرح كتاب المفيد – مخطوط-

40 - ابن سلاّم التونسي (؟) كتاب في الوثائق –مخطوط بتونس-

41 - ابن سلمون : محمد بن موسى (؟) مختصر ابن سلمون في الوثائق الشرعية –مخطوط بطرابلس-

42 - ابن السّمح : أحمد بن محمد (-407هـ) : وثائق – مخطوط-
43 - ابن سهل : أبو الأصبغ عيسى الأندلسي (-486هـ): الإعلام بنوازل الأحكام –مخطوط بتونس-
44 - سيالة : محمود بن محمد (حيّا سنة 1270هـ) : شهد الشّهود في بيان مرتبة الشهود –مخطوط بتونس.

-ص-

45 - ابن الصفّار : يونس بن عبد الله (-429هـ) كتاب المواقف والمحاضر – مخطوط-

-ط-

46 - ابن الطّلاّع : محمّد بن فرج (–497هـ) الشروط والوثائق –مخطوط-

-ع-

47 - ابن عات: هارون بن أحمد (-582هـ) : الطرر الموضوعة على الوثائق المجموعة، أو بلوغ الأمنية ومنتهى الغاية القصيّة في شرح ما أشكل من الوثائق البونتيّة –مخطوط بتونس-
48 - ابن عبد العزيز : عبد الله الأقليبشي (ق6هـ) مختصر في الوثائق –مخطوط-
49 - ابن عبد القادر : أبو عمر أحمد الأندلسي (-420هـ) المحتوى في الوثائق –مخطوط-
50 - ابن عبد الله : عمر بن سعيد (ق13هـ) : إرشاد الطالب الموفّق إلى شرح عمدة الموثّق للمجاري –مخطوط بالمغرب
51 - ابن عبد الواحد الأندلسي (؟) مختصر وثائق ابن الهندي –مخطوط-
52 - ابن عبدوس : أبو العباس محمد الحنفي القيرواني (-297هـ) : الشروط –مخطوط-

53 - ابن عبدوس : محمد بن إبراهيم القيرواني (-260هـ): وثائق ابن عبدوس -مخطوط-

54 - العراقي : محمد إدريس الفاسي (-1348هـ) : أحكام مسجّلة -مخطوط-

55 - العشّي : أبو بكر عثمان التونسي (ق13هـ) : كتاب في الوثائق -مخطوط بتونس-

56 - عظوم : بلقاسم بن محمد (-1013هـ) : برنامج وثائق القشتالي -مخطوط بمكتبة ابن عاشوربتونس-

57 - ابن عفيف: أحمد (-410هـ) : الشروط والوثائق -مخطوط-

58 - ابن عفيون : محمد بن أبي بكر الغافقي (-584هـ) : مختصر في الوثائق -مخطوط-

59 - ابن عيّاد : يوسف بن عبد الله (-575هـ) : المنهج الرّائق في المدخل لعلم الوثائق -مخطوط بالمغرب-

60 - العيّاشي : أبو سالم عبد الله (-1090هـ) : القول المحكم في عقود الأصمّ والأبكم -مخطوط-

-غ-

61 - الغافقي : محمد بن أحمد (-597هـ) : مختصر في الشروط -مخطوط-

62 - الغسّاني : أبو الحسن علي بن أحمد (-609هـ) : الوثائق -مخطوط-

-ف-

63 - الفاسي : عبد الرحمن (-1096هـ) : وثائق فقهية -مخطوط بالمغرب-

64 - الفاسي : محمد العربي (-1052هـ) : شهادة اللفيف -مخطوط بالمغرب-

65 - الفاسي : أحمد بن أحمد بن زياد القيرواني (-318هـ) : الوثائق -مخطوط-

66 - ابن فتحون : خلف بن سليمان (-505هـ) : وثائق ابن فتحون –مخطوط-

67 - ابن فتحون : أبو بكر محمد التّجيبي (-591هـ) : الشروط – مخطوط-

68 - ابن فتوح : أبو محمد عبد الله (-460هـ) : الوثائق المجموعة : مخطوط بفاس-

69 - ابن الفخّار : محمد بن عمر (-419هـ) : الردّ على ابن العطّار في وثائقه –مخطوط-

70 - فضل بن سلمة الجهني الأندلسي (-317هـ) : الوثائق –مخطوط-

-ق-

71 - القابسي : أبو الحسن علي القيرواني (-403هـ) : رسالة في تزكية الشهود وتجريحهم –مخطوط-

72 - القبريري : أبو عبد الله محمد التّجيبي (؟) كتاب الانتصار لابن العطّار فيما ردّه عليه أبو عبد الله بن الفخّار –مخطوط-

73 - القليبري : أحمد بن محمد الأندلسي (-610هـ) : مجموع في الشروط – مخطوط-

74 - القنازعي : عبد الرحمن بن مروان (-413هـ) : مختصر في الشروط على مذهب مالك بن أنس –مخطوط-

75 - ابن القيصر: عبد الرحمن الغرناطي (-576هـ) : اختصار الوثائق –مخطوط-

-ك-

76 - ابن كحيل : أبو العباس أحمد التونسي (-869هـ) : الوثائق العصريّة – مخطوط-

77 - ابن كوثر : خلف بن سعيد الغافقي (آخر ق5) : مجموع في الوثائق – مخطوط-

-ل-

78 - ابن لبابة : محمد بن يحي الأندلسي (-330هـ) : المنتخب في الوثائق العدليّة -مخطوط بالمغرب-

79 - المازوني : أبو عمران موسى بن يحي (ق9) : المذهب الرّائق في تدريب النّاشئ من القضاة وأهل الوثائق -مخطوط بمكتب ابن عاشور بتونس.

80 - مؤلّف مجهول : التّقييد الأبيّ في علم الوثائق (ق12هـ) -مخطوط بالرباط

81 - مؤلّف مجهول : مختصر وثائق ابن عرضون - مخطوط بتونس-

82 - مؤلّف مجهول من بجاية (ق9) : مغني الموثّقين عن كتب الأقدمين -مخطوط بتونس-

83 - المتيّطي : أبو الحسن علي الفاسي (-570هـ) : النّهاية والتّمام في معرفة الوثائق والأحكام -مخطوط بالمغرب-

84 - المجاري : أبو عثمان سعيد الدّكالي (؟) عمدة الموثّق في ذكر بعض شروط الوائق -مخطوط بالمغرب-

85 - ابن مزين : يحي بن إبراهيم الأندلسي (-259هـ) : وثائق ابن مزين - مخطوط-

86 - ابن معاذ : محمد بن إبراهيم (-485هـ) : وثائق -مخطوط بالمغرب-

87 - ابن المغيث : أحمد الصّدفي (-459هـ) : المقنع في الوثائق -مخطوط بفاس-

88 - ابن مفرّج : محمد بن أحمد الأندلسي (-501هـ) وثائق -مخطوط-

89 - المكناسي : أحمد بن محمد الأوسي (ق8هـ) : المنهل المورود في شرح المقصد المحمود للجزيري -مخطوط-

90 - ابن الملوّن : محمد بن سعيد (نحو 280هـ) : وثائق -مخطوط-

91 - المنتوري : محمد بن عبد الملك (-834) : الرّائق في نصوص الوثائق -مخطوط بالمغرب-

-هـ-

92 - ابن هارون : محمد الكناني التونسي (-750هـ) : مختصر النّهاية والتّمام في معرفة الوثائق والأحكام –مخطوط بتونس-

93 - ابن هذيل : عبد الصّمد البكري (-495هـ) : مختصر في الوثائق – مخطوط-

94 - ابن هشام : أبو الوليد به عبد الله الأزدي (-606هـ) : مفيد الحكّام فيما يُعرض لهم من النّوازل والأحكام –مخطوط بتونس-

95 - ابن هلال : عبد الله بن محمد الأندلسي (-354هـ) كتاب في الوثائق – مخطوط-

96 - الهندي : أحمد بن سعيد الهمداني (-399هـ) : وثائق الهندي –مخطوط-

97 - الهوّاري : عبد السّلام بن محمد (-1328هـ) : شرح الهواري على الوثائق الفاسيّة –مخطوط بالمغرب-

-و-

98 - الوتد : موسى بن أحمد الأندلسي (-377هـ) : الشروط والوثائق – مخطوط-

99 - ابن ورد : أحمد بن عمر التميمي الأندلسي (-540هـ) : كتاب العدل والقول الفصل لأبي عبد الله بن العطّار من أبي عبد الله بن الفخّار –مخطوط-

100 - ابن وسعدن : عمر بن عبد الله : إرشاد الطالب الموفّق إلى شرح عمدة الموثّق للمجاري –مخطوط بالمغرب-

101 - الوفلالي : عبد القادر بن محمد (ق13): عقود الدّرر والآلي في ترتيب وثائق القشتالي وتطريزها بغنية المعاصر والتالي –مخطوط بمكتبة ابن عاشور–بتونس

-ي-

102 - ابن يونس : أبو بكر محمد (-451هـ) : وثائق ابن يونس –مخطوط بتونس

الكتب المطبوعة

103 - الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف (-474هـ) : فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكّام –ط تونس-

104 - البرزلي : أبو القاسم أحمد (-844هـ) : جامع مسائل الأحكام فيما نزل بالمفتين والحكام ط بيروت-

105 - بنّاني : محمد بن أحمد فرعون (-1261هـ) : الوثائق الفاسيّة أو الفرعونيّة –ط المغرب-

106 - التواتي : محمد البشير (-1311هـ) مجموع الإفادة في علم الشّهادة –ط تونس-

107 - جعيّط : محمد العزيز : الطّريقة المرضيّة في الإجراءات الشرعيّة–ط تونس-

108 - الحجوي : محمد الثعالبي (-1376هـ) : نيل المرام في ذكر بعض ما يتعلّق على الشاهد من الأحكام –ط الرباط-

109 - حمّادي جيرو أبو الفضل : معيار التّحقيق في مبنى الفتاوى والتّوثيق –ط الدار البيضاء-

110 - ابن الخطيب : لسان الدين (-776هـ) : مثلى الطّريقة في ذمّ الوثيقة تح عبد المجيد التركي وآخر عبد الحفيظ منصور –ط بيروت-

111 - الرباطي : أبو عيسى محمد المهدي (-1344هـ) : نصيحة أهل العلم فيما يتعلّق بالفتوى والشهادة –ط حجرية بفاس-

112 - السّجلماسي : محمد بن أبي القاسم (-1214هـ) : شرح نظم عمل فاس لأبي زيد عبد الرحمن الفاسي –ط فاس-

113 - السّجلماسي : العمليات العامّة –ط تونس-

114 - ابن سلمون : سلمون بن علي الكناني (-767هـ) : العقد المنظّم للحكّام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام –ط بيروت-

115 - السّمرقندي : أبو نصر أحمد : كتاب الشّروط والوثائق –ط بغداد-

116 - الشّعبي : أبو المطرّف عبد الرّحمن (-477هـ) : الأحكام –ط بيروت-

117 - الصنهاجي : أبو الشتا (-1365هـ) : التّدريب على تحرير الوثائق العدليّة : (شرح الوثائق الفرعونيّة) –ط المغرب-

118 - ابن عبد الرّفيع : أبو إسحاق إبراهيم (-733هـ) : معين الحكّام على القضايا والأحكام–ط بيروت-

119 - ابن عرضون : أحمد الشفشاوي (-992هـ) : التّقييد اللائق في تعليم الوثائق –ط المغرب-

120 - ابن العطّار : محمد (-399هـ) : الوثائق والسجلاّت –ط مدريد-

121 - عظوم : بلقاسم المرادي (-1013هـ) : نعوت المشهود عليه –ط السعوديّة-

122 - ابن عياض : أبو عبد الله محمد (-575هـ) : مذاهب الحكّام في نوازل الأحكام –ط بيروت-

123 - الغرناطي : أبو إسحاق إبراهيم (-579هـ) : الوثائق المختصرة –ط الرّباط-

124 - وثائق محمد بن أحمد بن شريف السّبتي الغرناطي (-760هـ) –ط حجريّة بفاس-

125 - الفاسي : أحمد بن يوسف الفهري (-1052هـ) : شهادة اللّفيف —ط الرّباط-

126 - ابن فرحون : برهان الدّين بن علي (-799هـ) : تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام —ط القاهرة-

127 - القشتالي : محمد بن أحمد الفاسي (-777هـ) : الوثائق —ط حجريّة بفاس-

128 - قاسم : يوسف : كتاب الإعداد لعمل الإشهاد —ط تونس-

129 - القرافي : شهاب الدّين أحمد (-684هـ) : الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام —ط مصر-

130 - محمد ولد سيدي سعيد : مجموع الوثائق والأحكام بالعربيّة والفرنسيّة —ط الجزائر-

131 - المصمودي : محمد بن أحمد (القرن 11) الوثائق السّلجماسيّة —ط الرباط-

132 - المكناسي : أبو عبد الله محمد(-917هـ) : مجالس القضاة والحكّام —ط دبي-

133 - ابن المناصف : محمد عيسى (-620هـ): تنبيه الحكّام على مآخذ الأحكام —ط تونس-

134 - النّيفر : علي بن صالح (- 1985م) الدّر المنظوم في كيفيّة كتب الرّسوم —ط تونس-

135 - الهوّاري : عبد السّلام (-1328هـ) : شرح وثائق البنّاني —ط تونس-

136 - وزارة خير الدين التونسي (-1292هـ) : قانون أعمال الشّهود —ط تونس-

137 - الونشريسي : أحمد (-914هـ) : غنية المعاصر والتّالي في شرح وثائق القشتالي —ط حجريّة بفاس-

138 - الونشريسي (نفسه) : المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب —ط بيروت-

139 - الونشريسي (نفسه) : المنهج الفائق والمنهل الرّائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق —ط السعوديّة-

وفيما يلي نصّ الكتاب ويليه ملحق خاصّ بمجلّة المرافعات الشرعيّة الصّادرة سنة 1948 والتي جرى بها العمل بالمحاكم الشرعيّة، ثم فهرسة للكتاب. والله الهادي إلى سواء السّبيل

أ. د. محمد بوزغيبة

مدير قسم الشريعة ورئيس وحدة فقهاء تونس بجامعية الزيتونة

ابن عروس صائفة 1430هـ/2009م

بسم اللّه الرّحمان الرّحيم

الحمد لله بنعمته تتمّ الصّالحات والصّلاة والسّلام على خير خلقه وأكرم رسله، وعلى آله وصحبه المحيين سنّته. أما بعد فإنّ التّأليف الموسوم «بالطّريقة المرضيّة في الإجراءات الشرعيّة»، كان هدفه ومطمح نظره تلقين طلاب التّعليم العالي أصول القضاء المعمول بها في الدّيار التونسيّة، في الزّمن الحاضر ليتمكّنوا من اقتعاد صهوته وتسنّم ذروته وتسيير القضايا على الوجه الأتم إذا ألقي إليهم بزمامها. ولذلك كان تنْسيقه متماشيا مع سير القضايا الطبيعي من النّظر في الدّعوى أولا والحجج ثانيا والحكم ثالثا. فرتّب على ثلاثة أبواب الأول في الدّعوى وما يتعلّق بها ويترتّب عليها؛ الثاني في الحجج وأنواعها المعبّر عنها بمستندات الحكم؛ الثالث في الحكم ومتعلّقاته.

وإذ كان الغرض المنشود منه إفادة روّاد العلم ما لا غنى لهم عنه، حسن أن يورد فيه ما يشدّ سواعدهم ويفتح بصائرهم، فسقت جملا من النّصوص الفقهيّة المبثوثة في كتب التّوثيق والأحكام للاستدلال بها أو بيان مدركها، أو نقدها والتّنبيه على ما يرد عليها لئلا يغترّ بها الناظر، أو غير ذلك من المقاصد التي تنجلي لمن ينثل كنانتها ويعجم عيدانها ويستكشف خباياها. وآثرت كثيرا مما جاء في الكتب المعتمدة ولا سيما التي لم تطمثها يد الطباعة، ولا حاولت أن تفتق أكمامها وتنشر لطائمها فبقيت مكنونة محجوبة عن كثرة المداولة، ولم يتح فتح أقفالها واستكشاف أسرارها إلاّ للنادر القليل، كشرح العلاّمة التونسي الشيخ حلولو للمختصر الخليلي وشرح ابن مرزوق له، وشرح ابن ناجي القيرواني للتّهذيب، وشرحه للجلاّب وحاوي البرزلي والدّكانة للشيخ محمد عظوم القيرواني، وبرنامج الشّوارد للشيخ قاسم عظوم القيرواني، وحاشية الشّريف التّونسي المفتي على شرح ميارة للزقاقيّة، ومعين

المفتي له، ورسائل القاضي النظّار الشريف إسماعيل التّميمي، وحاشية الشيخ أحمد ابن الطاهر على شرح التّاودي للتّحفة، وحاشية القاضي النظّار محمد ابن سلامة عليه، ولقط الدّرر للشيخ السّنوسي. وقصدت بذلك:

أولا – تقوية الملكات وصقل الأذهان باستقداح زناد التفهّم لما تضمّنته عباراتهم، ومعاناة استنتاج الأحكام منها والتّدريب على البحث والنّقد.

ثانيا – الإلمام باصطلاحات الموثّقين.

ثالثا – التّنبيه على ما يحسن حط رحال المطالعة بأكنافه من كتب التّوثيق والأحكام، لمن ينشد زيادة التّحقيق وإنارة البصائر.

رابعا – تمتين الأواصر وتوثيق العرى بين الحاضر والغابر، لئلاّ يتوارى الدّابر بحجاب النّسيان والإهمال.

خامسا – الإرشاد إلى تطوّرات الإجراءات القضائيّة باختلاف الظّروف.

بيد أنّ كثيرا ممن لا تهمّه هذه الفوائد ولا يقصد غير الإلمام بالإجراءات القضائية من أقرب السّبل وأسهل الطرق، اقترح أن يردف التأليف بعجالة تتضمّن مسائله بألفاظ دانية القطاف قريبة التناول، سهلة على الأفهام مجرّدة عن نصوص الفقهاء ومباحثاتهم، التي ربما يشقّ أو يتعاصى استخراج زبدة مخيضها على غير من اعتاد السّوم في حقولها ومروجها، والمشي في سهولها ونجودها. فوكلت إجابة المقترح إلى الفرص السّانحة، وقد رأيت الآن أنّ الفرصة حانت وتجلّت والعوائق أدبرت وولّت، إذ نفدت الطّبعة الأولى التي كانت جدّ متواضعة من ناحية الكمّية الكافية لوقوعها أيام الحرب العالميّة الثانية، تلك الحرب الشعواء التي لم تبق ولم تذر وامتدّ سعيرها وانتشر وأحرق قشيبها أهل المدر والحضر، فتعطّلت دواليب المصانع وشقّت المواصلات على روّاد المنافع فقلّ في جملة ما قلّ الورق، وأصبح الاستحصال على الموجود منه أعزّ

من بيض الأنوق، ثم منّ الله بإيقاف رحاها وإسكات إعصارها وإخماد جذوتها، وتجاوبت أصداء الطّلب من كل ناحية في إعادة طبع الكتاب، فصدّرت الكتاب في هذه الطبعة الثانية بالعجالة المنشودة وجعلتها مفصولة منه، ليعلم أنها مستقلّة عنه وعلّقت في هامش أسفل الكتاب تعليقات، اقتضاها تغيير الوضع أو حبّذها مراجعات علميّة من بعض علماء الزّيتونة، أو دعا إليها ما يحسن من زيادة فائدة أو كمال إيضاح، أو تعريف بالعلماء المذكورين في الكتاب. والله أسأل حسن التّوفيق والحفظ من الزّلل لا ربّ غيره ولا خير إلاّ خيره.



بسم الله الرحمان الرحيم

الحمد لله على هداه، والصلاة والسلام على حبيبه ومصطفاه وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد فهذه مواد تتضمّن الفقه الذي ذكر في الطّريقة المرضيّة، مشيرا لكلّ صفحة في الأصل تتضمّن تلك المادة وقصدت بذلك التّقريب للإفهام مع الاختصار، والله المستعان وعليه التّكلان.

الباب الأوّل – وفيه فصول

الفصل الأوّل – في الدّعوى – وفيه سبعة مطالب

المطلب الأوّل – في حقيقتها

المادة 1 – حقيقة الدّعوى طلب معيّن أو ما في ذمّة معيّن أو طلب ما يترتّب عليه معيّن أو ما في ذمّة معيّن.

المطلب الثّاني – في كيفيّة القيام بالدّعوى

المادة 2 – تقدّم للقاضي شكاية كتابية على ورق معتاد يبيّن فيه موضوع الدّعوى وحاصلها.

المطلب الثّالث – في صفة القائم بالدّعوى

المادة 3 – يلزم فيما ليس حقّا لله أن يكون القائم بالدّعوى صاحب الحقّ، أو وكليه أو ناظره من أب أو وصيّ أو مقدّم قاض.

المادة 4 – لا يشترط الرّشد في قبول الدّعوى من صاحب الحقّ نفسه.

المادة 5 – إذا كان القائم وكيلا اشترط في قبوله أن يجعل له الإقرار، إلاّ إذا كان وكيلا عن الوصيّ في حقّ محجوره أو عن المحجور نفسه فلا يجعل له الإقرار.

المادة 6 – إذا جعل الإقرار للوكيل عمل بإقراره فيما يرجع للخصومة لا فيما هو خارج عنها.

المادة 7 – ليس للموكّل عزل وكيل الخصام إذا أشرفت النّازلة على الحكم أو قاعد الوكيل الخصم ثلاث مرات. إلاّ أن يرضى خصمه أو يظهر منه تقصير أو خيانة أو يتبيّن عذر كمرض أو سفر.

المادة 8 – يقبل قول قاضي الحاضرة في أنّ الوكيل قاعد خصمه ثلاثا. أمّا قضاة الآفاق فيلزم لقبول ذلك الثّبوت كتسجيل ثلاث مرافعات في دفتر المحكمة، أو وجود ما ينشأ عن المقاعدات من التّحريرات والآجال ونحوها.

المادة 9 – إذا وقع التّقييد في توكيل الخصام بالمخاصمة لدى الحاكم الفلاني، فليس للوكيل التكلّم عنه عند حاكم آخر. وإذا وقع توكيل الخصام مطلقا فللوكيل أن يخاصم عنه لدى كل حاكم.

المادة 10 – إذا لم يقم وكيل الخصام بشيء إلاّ بعد عامين من تاريخ توكيله، أو أنشب الخصومة وسكت بعد ذلك حتى مضى عامان، فإن وقع في وكالته أنّها دائمة مستمرّة بقي على الوكالة ومكّن من المخاصمة ولا ينعزل عن الوكالة إلاّ بنصّ صريح. أما إذا لم يقع التّنصيص على الدّوام فيبعث الحاكم إلى الموكّل يسأله هل أبقى الوكيل على وكالته أو خلعه عنها. ويعمل على ما يجيبه به. وإذا كان الموكّل غائبا اعتبر الوكيل باقيا على وكالته.

المادة 11 – من وكّل على الخصام فخاصم في قضيّة انتهت بالحكم، وأراد الوكيل أن يخاصم عن الموكّل في غيرها، كان له ذلك إن كانت الوكالة مطلقة غير مقيّدة بمخاصمة

فلان أو في أمر كذا، ولم يطل ما بين القضيّتين أو طال فيما إذا كان الموكّل غائبا.

المادة 12 – ليس للوكيل أن يوكّل غيره ولو كان وكيلا مفوّضا –على ما به العمل التونسي– إلاّ إذا جعل له توكيل الغير.

المادة 13 – لا يقبل في مرافعة الخصم أكثر من وكيل واحد.

المادة 14 – للنّاظر القيام في حقّ منظوره سواء أكان الحجر لصغر أو سفه.

المادة 15 – ليس للحاجر الدّعوى في حقّ السّفيه في غير المال.

المادة 16 – للأب الواجب عليه نفقة ابنته أن يطلب من الزّوج البناء، ليسقط عن نفسه الإنفاق.

المادة 17 – لا يقبل الخصام في حقّ الغائب من غير وكالة.

المادة 18 – تقبل الدّعوى فيما هو حقّ لله من كلّ أحد.

المادة 19 – إذا وقعت الدّعوى على حبس أو مسجد أو طريق أو غير ذلك مما هو حقّ لله، فإن كان لتلك الجهات مقدّم أجري الخصام معه، وإن لم يكن لها مقدّم قدّم القاضي مقدّما وقتيّا للمخاصمة عنها.

المادة 20 – للأجنبي والمحجور كشف الوصيّ عن مال المحجور وتسلّم نسخة بالشّهادة على ما عنده.

المادة 21 – يستكشف الأب المستراب لفقر أو غيره عن مال ابنه.

المطلب الرّابع – في شروط صحّة الدّعوى.

المادة 22 – يشترط في صحّة الدّعوى أن تكون مبيّنة غير مجملة إذا لم يكن هناك عذر في الإجمال. وأن تكون موجّهة على معيّن. وأن تكون بحيث لو أقرّ بها المطلوب أو قامت عليه الشهادة بها لزمته.

المادة 23 – يلزم في الدّعاوي المتعلّقة بالعقّار تشخيص العقّار وتعيينه بذكر حدوده من جهاته الأربع. ولا يكفي التّحديد بالأشخاص بل يلزم التّحديد بالعقّار المحاد له ببيان نوعه ككونه أرضا أو دارا أو غيرهما. وببيان ملكه إن كان ملكا أو مستحقّه أو المحبّس له إن كان وقفا.

المادة 24 – إذا عيّن المدّعي حدودًا للعقار المتنازع فيه ولم يصادقه المدّعى عليه على تلك الحدود، وزعم أنّ حدود ما بيده مخالفة لتلك الحدود، يلزم تقييد الدّعوى والجواب على العين. ليكون المتنازع فيه معيّنا. ويجعل توجّه بعدلين لهذا الغرض، ويتلقّى العدلان شهادة من يحضره الخصمان من الشّهود لتحديد المتنازع فيه.

المادة 25 – المصاريف النّاشئة عن تقييد المقال والجواب على العين تحمل على المبطل من الخصمين معا حملت عليهما.

المادة 26 – الدعاوي المتعلّقة بالعروض والحيوان والطعام يلزم فيه تعيّن نوع المدّعى فيه وبيان عدده وقيمته. ويستحسن التوسّع في وصفه.

المادة 27 – يلزم في دعاوي الاستحقاق بيان المقدار الذي يدّعى استحقاقه.

المادة 28 – إذا ادّعى المدّعي أنّ الاستحقاق انجرّ إليه بالإرث من غيره، يلزم أن يدلي بوفاة المورّث وجميع من انتقل إرثه إليه.

المادة 29 – إذا أثبت القائم موت من يقوم بسببه وعدّة ورثته وأثبت موت بعض ورثة المورّث الأول، وجرّ القائم ذلك إلى نفسه ولكن لم يجد من يشهد له بعدّة سائر ورثة الوارثين غير من يدلي به كفاه ذلك.

المادة 30 – إذا مات الطالب يلزم القائمين مقامه أن يثبتوا موته ووراثته ويوجّهوا دعواهم على المطلوب.

المادة 31 – إذا مات المطلوب وقام ربّ الحق أو ورثته على ورثة المطلوب، فلا تكلّف ورثة المطلوب بالجواب حتى يثبت القائم موته وعدّة ورثته.

المادة 32 – لا تسمع دعوى المعاوضات والتبرّعات على المحجور عليه.

المطلب الخامس

فيما يلزم اشتمال الدّعوى عليه إذا سأله المطلوب.

المادة 33 – إذا قال المطلوب لا أجيبك حتى تجمع مقالاتك وتحصر دعواك، لزم ذلك إن كانت الدّعوى في غير ميراث، وإن كانت الدّعوى في ميراث لم يلزم ذلك، إلاّ أن يطلب الخصم حصرها على ما في علمه.

المادة 34 – إذا حصر المدّعي دعواه في الميراث على ما يعلمه ثم ادّعى دعوى أخرى، فللمطلوب تحليفه على أنّه لم يعلم بها وقت حصرها، فإذا حلف كلّف المطلوب بالجواب عنها.

المادة 35 – إذا كانت الدعوى من حاجر في حقّ محجور لا يحصر دعواه.

المادة 36 – إذا كان الحقّ لجماعة متعدّدين وقاموا كلّهم بالمطالبة، وسأل المطلوب أن لا يجيبهم حتى يوكّلوا واحدا أو يحضروا جميعا لمخاصمته؛ أجيب إلى ذلك.

المادة 37 – إذا كان الحقّ لجماعة متعدّدين وقام بعضهم دون بعض، وكان غير القائم حاضرا بالإيالة[145]؛ فمن حقّ المطلوب أن يقول لا أخاصم حتى يوقف الحاضرون، فإمّا أن يسلّموا لي أو يوكّلوا واحدا أو يحضروا جميعا.

المادة 38 – إذا كان الحقّ لجماعة وقام بعضهم وكان غير القائم غائبا ؛ فإن كان القائم الحاضر بالبلد واحدا أمر المطلوب أن يجيب، وإذا حكم للقائم فلا يقضي له إلاّ بحقّه ولا ينزع باقي الحق من يد المطلوب. أمّا إذا كان الحاضر بالبلد أكثر من واحد فللمطلوب جبر الحاضرين على توكيل واحد أو الحضور جميعا أو التّسليم.

145(– أي بالبلاد التونسيّة).

المادة 39 – جمع ذوي الحقّ المشترك ليسلّموا أو يوكّلوا واحدا أو يحضروا جميعا للمخاصمة، على القائم لا على المطلوب.

المادة 40 – طلب ما في ذمّة معيّن يلزم فيه بيان السّبب الذي من أجله ترتّب ما في ذمّة المطلوب، فإن لم يذكر المدّعي السّبب لزم الحاكم أن يسأله، فإن غفل الحاكم فمن حقّ المطلوب السّؤال عن السّبب، فإن بيّن الطالب السّبب لزم المطلوب الجواب. وإن أبى الطالب من بيان السبب، فإن ادّعى النّسيان قبل منه ولزم المطلوب الجواب، وإن لم يدّع نسيانا لم يسأل المطلوب عن شيء ولا يكلّف بالجواب.

المطلب السّادس – في تبعيض الدّعوى

المادة 41 – لا يتّخذ القول بتبعيض الدّعوى أو عدم تبعيضها أمرا مطّردا. بل يرجع في كلّ جزئية إلى ما شهر في بابها.

المطلب السّابع – في اضطراب الدّعوى

المادة 42 – اضطراب المدّعي في دعواه موجب لسقوطها. ومن ذلك تحويل الدّعوى في المدّعى عليه أو به، والادّعاء لقدر ثم إدّعاء أكثر منه، وادّعاء الملك بالإرث ثم بالشّراء. وادّعاء الاستحقاق بالحبسيّة ثم الملكيّة.

المادة 43 – إذا رجع المدّعي عن دعواه لعذر عاديّ، تسمع دعواه وعذره.

الفصل الثّاني
في استدعاء المطلوب للجواب عن الدّعوى . وفيه مباحث .

المبحث الأوّل – في كيفيّة استدعاء المطلوب

المادة 44 – يستدعى المطلوب للجواب طبق ما جاء به الأمر العليّ المؤرّخ في 12 ربيع الأول سنة 1356 وفي 27 ماي سنة 1937.

المادة 45 – إذا كان المطلوب رشيدا يوجّه الاستدعاء إليه. وإذا كان محجورا فإن كانت الدّعوى غير ماليّة، وجّه الاستدعاء إلى المحجور نفسه، وإن كانت الدّعوى دعوى في مال استدعي حاجره إن كان له ناظر، أما إذا لم يكن له ناظر فإنّ القاضي يقدّم من ينظر في أموره، وحينئذ يجري الخصام مع النّاظر.

المبحث الثّاني – في حضور المطلوب وامتناعه من الجواب

المادة 46 – إذا حضر المطلوب وامتنع من الإقرار والإنكار. بأن قال لا أجيب، أو لا أقرّ ولا أنكر، أو لا أجيبك حتى تبيّن لي هل ما تدّعي عليّ برسم أو بغير رسم. عدّ ذلك إنكارا فيقضي للمدّعي بما ادّعى بعد يمينه إن كان ما ادّعاه من الحقوق التي تثبت باليمين. فإن كان من الحقوق التي لا تثبت باليمين كلّف المدّعي البيّنة، وإذا أقامها على الوجه المعتبر يقضى له.

المادة 47 – إذا قال المطلوب لا أدري هل عليّ شيء ممّا يدّعي، وجّه القاضي عليه اليمين، فإن حلف كلّف الطالب بإثبات حقه وإن نكل عن اليمين جرى عليه حكم الملدّ عن الجواب.

المادة 48 – تعليق المطلوب الجواب على إثبات الطالب أشياء لا تلزمه، يعتبر إلدادا عن الجواب.

المادة 49 – إذا طلب المطلوب التأجيل على الجواب ليتثبّت ويذكر، ضرب له أجل غير بعيد.

المادة 50 – إذا طلب المطلوب أن لا يجيب حتّى يوكّل، فإن كانت الدّعوى بسيطة سهلة أمر بالجواب في الحال، وإن كانت ذات فصول أمهل وأجّل.

المادة 51 – إذا قال المطلوب لا أجيب لأنّي أريد المحاكمة بين يدي القاضي الحنفي، صرفت النّازلة للحاكم الذي يريد المخاصمة عنده، بناء على ما جاء به ترتيب دار الشّريعة من أنّ الخيار للمطلوب.

المادة 52 – إذا ندم المطلوب على التمسّك، وأراد الرجوع إلى التّقاضي لدى القاضي الأوّل، يمكّن من ذلك. وهكذا دواليك إلى المرّة الثالثة فلا يسعف فيها بطلبه[146].

المادة 53 – تمكين المطلوب من طلبه التّقاضي لدى حاكم مذهب آخر، إنّما إذا لم يحصل منه جواب. فإن حصل منه جواب انقطع حقّه في التمسّك، إلاَ إذا أجاب وقال إثر جوابه هو متمسّك بالمذهب الفلاني، فإنّه يبقى على حقّه في التمسّك.

المادة 54 – يقبل قول القاضي بالحاضرة إن المطلوب أجاب. بخلاف قضاة الآفاق فلا يقطع حق التمسّك عندهم إلاّ تسجيل الجواب كتابة.

المادة 55 – إذا قال المطلوب لا أجيب حتى آخذ نسخة من المقال لأ تأمّل فيه، أجيب إلى مطلبه ومكّن من أخذ النّسخة، وأجّل على الجواب عن الدّعوى بعد إحضار النّسخة بما يراه الحاكم، ويحسن أن يؤجّل بثلاثة أيّام إذا حضر المطلوب نفسه، فإذا حضر وكيله زيد على الأيّام الثلاثة وروعي قرب بلد الموكّل وبعده، وما تستدعيه مفاهمة الوكيل مع موكّله من الزّمان.

---

[146] هذا ما كان معمولا به قبل صدور المجلّة الشرعيّة للمرافعات، وصار الأمر بعد صدورها أن لا يمكّن من الرّجوع عن تمسّكه. (راجع نصّ مجلّة المرافعات في الملاحق).

المادة 56 – إذا طلب أحد المتخاصمين تمكينه من نسخة من المقال أو الجواب، أو الشّهادات والوثائق الاسترعائيّة وغيرها أو الأحكام، أجابه القاضي إلى مطلبه.

المبحث الثّالث - في حضور المطلوب وجوابه بالإقرار

المادة 57 – إذا حضر المطلوب وأجاب عن الدّعوى بالإقرار، فالقاضي يشهد عدلين على إقراره ثم يحكم عليه. ولا يحكم عليه قبل الإشهاد على إقراره.

المادة 58 – إذا حكم القاضي بمقتضى إقرار المطلوب قبل الإشهاد عليه، وأنكر المطلوب إقراره قبل الحكم عليه، كان الحكم فاسدا.

المادة 59 – إذا أقرّ المطلوب، فطلب المدّعي تقييد إقراره بالشّهادة، أجابه الحاكم. وللحاكم أن ينبّه المدّعي إلى ذلك.

المبحث الرّابع - في حضور المطلوب وجوابه بالإنكار.

المادة 60 – إذا أجاب المطلوب بالإنكار، يلزم أن يكون الإنكار صريحا، ولا يكتفي منه بالإنكار الضّمني، ويلزم أن يكون بصيغة الجزم، وإذا امتنع المطلوب من إنكار الوجه الذي ذكره الطالب أو الإقرار به، عدّ كالممتنع من الجواب وجرى عليه حكم الملدّ.

المادة 61 – إذا أنكر المطلوب ما ترتّب بسببه شغل ذمّته، كإنكار التزوّج والطلاق في ادّعاء المرأة شغل ذمته بنصف الصّداق، فأقامت المرأة بيّنة بالتزوّج ثم الطلاق، فلا يقبل من الزّوج بيّنة بقضائه إياه، لأنّه أكذبها، إلاَّ إذا كان ممن يجهل أنّ الإنكار للسّبب يضرّه فيعذر.

المادة 62 – محلّ قبول البيّنة التي أكذبها صاحبها لعذره بالجهل، إذا لم يبيّن له ما يترتّب على إنكاره السّبب من المضرّة، أما إذا بيّن له ذلك واستمرّ على إنكاره

السّبب، لم تسمع بيّنته.

المادة 63 – الإنكار الذي يفضي بصاحبه إلى تكذيب بيّنته حتى يبطلها، لا يعتبر في الحدود الشرعيّة[147] ولا في العقّار، فتقبل بيّنته التي كذّبها إنكاره أولا فيهما.

المادة 64 – إذا أجاب المطلوب بأنّ المدّعى فيه ليس بيده وإنما هو بيد فلان؛ طولب ببيان هل يدّعي أنّ له فيها حقّا؛ فإن نفى استحقاقه لشيء منه يسجّل عليه ذلك ووجه الطالب الدّعوى على ذي اليد.

المادة 65 – إذا قال من بيده العقّار ليس لي فيه شيء؛ هو حبس على أولادي أو هو ملك لفلان؛ يؤمر المدّعي بالإدلاء ببيّنة أنّه له؛ لأنّ الحائز لا ينازعه. فإن أثبت المطلوب ما ادّعاه؛ جرت الخصومة بين المدّعي ومن ثبت أنّه له.

المادة 66 – إذا حصل الجواب بالإنكار فأراد الطالب الإعراض عن الدّعوى؛ فمن حقّ المطلوب أن يلزمه بإتمام الخصومة إلى أن تنتهي بالحكم. ويأمر الحاكم الطّالب بإتمام الخصومة؛ فإن أبى حكم القاضي بأن لا حقّ له.

المبحث الخامس – في تغيّب المطلوب بعد إنشاب الخصام

المادة 67 – تغيّب المطلوب في أثناء الخصام بعد استيفاء حججه بمنزلة الحضور، فيعجزه الحاكم ولا تسمع له بيّنة بعد.

المادة 68 – تغيّب المطلوب قبل استيفاء حججه، لا يمنع من الحكم، ويمنع من التعجيز؛ فيسمع ما يدلي به بعد الحكم.

[147] الحدود الشرعيّة هي زواجر عن الجنايات محدّدة، بخلاف التّعزير فإنّه موكول لاجتهاد الحاكم؛ وهل شرطه أن لا يصل إلى الحدّ أو لا؛ خلاف. والرّاجح عند المالكيّة أنّه يمكن تجاوزه الحدّ الشّرعي.

المبحث السادس - في غيبة المطلوب عن إيالة القاضي .

المادة 69 – إذا لم يكن المطلوب من إيالة القاضي وكان غير حالّ بولاية القاضي؛ يؤمر الطالب بالذهاب إلى بلد المطلوب ليخاصمه لدى حكامه.

المادة 70 – إذا كان المطلوب خارجا عن إيالة القاضي لزيارة أو تجارة أو نحوهما؛ وهو متوطّن بمحلّ ولاية القاضي، أو له مال بها، أو وكيل، فالقاضي يتناول القضيّة.

المادة 71 – إذا كانت غيبة المطلوب قريبة، بأن كانت على مسافة ثلاثة أيام ونحوها مع الأمن، يكتب القاضي إلى المطلوب إما أن يحضر أو يوكّل، ويضرب له أجلا يسع وصوله أو وصول وكيله ويسع الطّعن في البيّنة القائمة عليه. فإذا تمادى على المغيب ولم يجب بشيء حكم عليه وعجزه كالحاضر.

المادة 72 – إذا كانت غيبة المطلوب بعيدة؛ أي على مسافة شهرين أو متوسّطة، بأن كانت على مسافة عشرة أيام مع الأمن؛ أو ثلاثة مع الخوف؛ يحكم على الغائب بعد يمين القضاء من الطالب. وتسمع حجّة الغائب إذا قدم. ويسمّي الحاكم الشّهود في سجلّ الحكم أو في سجلّ مستقلّ يحفظ بالمحكمة، ليمكّن للغائب التّجريح في الشّهود بعد قدومه.

المادة 73 – لا يحكم باستحقاق عقّار الغائب في الغيبة المتوسّطة.

المادة 74 – يقام للغائب البعيد وكيل للإعذار وغيره ولا يعجز.

المادة 75 – يلزم في الحكم ببيع مال الغائب إثبات موجبات البيع. فيلزم إثبات سبب البيع من نفقة أو غيرها؛ وإثبات غيبته؛ وأنّه أعذر إليه في القريبة فلم يقدم؛ وإنّ هذا البيع ملكه؛ وإنّه أولى ما يباع عليه؛ وإنّه تسوّق به مدة شهرين، وإنّه لم يلف زائد في الثمن.

المادة 76 – لا يحكم بالطلاق على الغائب حتى تثبت الزوجيّة والغيبيّة؛ وسبب الطّلاق من الإعسار بالنّفقة أو غير ذلك.

الفصل الثّالث - في المدّعي والمدّعى عليه.

وفيه مباحث – الأول في بيان المدّعي والمدّعى عليه.

المادة 77 – المدّعي الذي يطالب بالبيّنة؛ من تجرّد قوله من الأصل والعرف. والمدّعى عليه المطالب باليمين من عضده أحدهما. فإن شهد لأحدهما الأصل وللآخر العرف؛ كان من شهد له العرف هو المدّعى عليه.

المادة 78 – الأصل براءة الذّمة قبل تحقّق عمارتها. وإذا تحقّقت عمارة الذّمة فالأصل استصحاب تلك الحالة حتى يتحقّق الرّافع.

المادة 79 – الأصل الصّحة؛ فزاعم المرض مدّع خلاف الأصل فعليه البيّنة.

المادة 80 – الأصل عدمَ العداء؛ فإذا زاد المأذون له على ما أذن له فيه؛ وادّعى عليه أنه تعمّد ذلك وأنكر التعمّد؛ فالقول قول المأذون له أنّه فعل ذلك خطأ.

المادة 81 – الأصل الجهل، فالمدّعي على غيره العلم بشيء؛ فهو المدّعي المطلوب بالبيّنة.

المادة 82 – الأصل هو الفقر؛ والغالب هو الملأ، فمن زعم الإعسار فهو المدّعي فعليه البيّنة.

المادة 83 – الأصل في العقود الصّحة، فمدّعي الفساد هو المدّعي المطالب بالإثبات، ما لم يغلب الفساد فيكون القول قول مدّعيه.

الباب الثّاني
في مستند الحكم – وفيه فصول
الفصل الأوّل – في اليمين – وفيه مباحث

المبحث الأوّل – في صيغتها

المادة 132 – صيغة اليمين الواجبة في القضاء، بالله لا إلاه إلاّ هو. ولا يكفي غير ذلك.

المادة 133 – إذا حلف من توجّهت عليه اليمين بالطلاق؛ باقتراح ممن توجّهت له؛ ثم ندم وقال أكتفي بها؛ فإن قام بالفور فله ذلك؛ وإن قام بعد الطول فلا مقال له.

المادة 134 – تكون اليمين على البتّ؛ إن ادّعى لنفسه أو لمورّثه شيئا، أو نفى عن نفسه. وتكون على نفي العلم إن نفى عن غيره.

المبحث الثّاني
في الكيفيّة التي يكون عليها الحالف عند اليمين

المادة 135 – يلزم إذا كان الحقّ ربع دينار أو ثلاثة دراهم فأكثر؛ أي قرامات تسعة؛ أو ما تساوي قيمته أحدهما؛ أن يكون الحالف آتيا باليمين من قيام، وأن يكون مستقبل القبلة.

المبحث الثّالث
في مكان اليمين

المادة 136 – يحلف من توجّهت عليه اليمين في أقلّ من ربع دينار؛ في مكانه. وفي ربع دينار فأكثر؛ في الجامع. فإن أبى أن يحلف فيه، عدّ ناكلا.

المادة 137 – إذا سأل المحلوف له مسجدا آخر يعظّمونه؛ أجيب إلى مطلبه.

المادة 138 – إذا طلب الخصم تحليف الحالف على المصحف أو بأضرحة الصّالحين؛ أجيب إلى ذلك[148].

المادة 139 – إذا لم يكن للخصوم جامع يحلف من توجّهت عليه اليمين، إلى الجامع الذي بينه وبين منازلهم مسافة ثلاثة أميال فأقلّ. فإن كانوا على مسافة أبعد، حلف الحالف في مكانه.

المادة 140 – إذا ادّعى من توجّهت عليه اليمين عجزه عن الخروج للجامع لمرض؛ فإن أثبت ذلك ببيّنة حلف ببيته. وإن لم يثبته؛ حلف لا يقدر على الخروج لا راجلا ولا راكبا؛ وخيّر المدّعي في تحليفه ببيته أو تأخيره لصحّته. فإن نكل لزمه الخروج أو قلب اليمين.

المادة 141 – من حلف في الجامع بغير حضرة الخصم، ولو بحضور عدلين يلزمه أن يعيد اليمين بحضرة الخصم. إلاّ إذا تغيّب المحلوف عليه يلزمه أن يعيد اليمين بحضرة الخصم. إلاّ إذا تغيّب المحلوف له بعد الحكم له بها وأقام القاضي له وكيلا يقتضيها؛ فلا حجّة له حينئذ؛ وتكفي الخصم اليمين بمحضر الوكيل المقام.

المادة 142 – إذا طلب أحد الخصمين تعجيل اليمين وطلب الآخر تأخيرها؛ أجيب طالب التّعجيل لمطلبه.

المادة 143 – إذا كانت المرأة ممّن لا تخرج لا ليلا ولا نهارا وتوجّهت عليها اليمين، يبعث القاضي شاهدين يشهدان على يمينها إن كانت مطلوبة. فإن كانت طالبة خرجت للجامع ليلا.

المادة 144 – إذا حلفت المرأة ببيتها، قضي للخصم بحضوره، ويبعد عنها أقصى ما يسمع صوتها ولا يرى شخصها.

---

[148] مراعاة لعرف بعض الجهات حيث يعظّم الناس أماكن العبادة ومنازل الصالحين.

المادة 145 – إذا كانت المرأة تخرج في مصالحها نهارا، تخرج لليمين نهارا. وإذا كانت لا تخرج إلاّ ليلا؛ تخرج لليمين ليلا، طالبة أو مطلوبة. وتحلف بحضرة الخصم؛ فإن أبت هي وزوجها من حضوره، فإنّه يبعد عنها لأقصى المسجد بقدر ما يسمع يمينها.

المادة 146 – إذا وقع التّنازع في كونها ممّن تخرج؛ فعليها الإثبات أنّها من أهل الحجاب؛ وأنّها ممّن يحلف ليلا.

المادة 147 – إذا وجبت اليمين لورثة رشداء؛ وحلف الحالف لبعضهم؛ فإن كان الحلف بأمر القاضي؛ لم يكن لبقيّة الورثة أن يحلّفوه ثانية. وإن كان بغير أمره، فكلّ من قام منهم يحلفه.

المادة 148 – إذا أقام غير من أحلفه بيّنة؛ عمل بها في حقّه فقط، ولو كان عالما بها حين حلّف القاضي المدّعى عليه لغير مقيمها.

المبحث الرّابع

في أقسام اليمين

المادة 149 – يمين التّهمة، هي التي تتوجّه لردّ دعوى غير محقّقة على المدّعى عليه.

المادة 150 – يمين التهمة تتوجّه على المتّهم وغيره. إذا لم يثبت المنكر أنّ هناك عداوة بينه وبين خصمه ويقصد بيمينه إحراجه.

المادة 151 – لا يحلف المتّهم بما ضاع أو سرق؛ إلاّ بعد أن يحلف المدّعي أنّه قد ضاع الشيء المدّعى ضياعه أو سرق؛ إن أنكر المتّهم أن يكون قد ضاع له شيء أو سرق.

المادة 152 – إذا نكل المتّهم عن اليمين؛ غرم بمجرّد نكوله، ولا يطلب المدّعي بالحلف على ما ادّعى.

المادة 153 – يمين القضاء؛ تتوجّه في الدّعوى على الغائب والميّت واليتيم والمساكين، والأحباس وكلّ وجه من وجوه البرّ وبيت المال وعلى من استحقّ شيئا من الحيوان.

المادة 154 – يحلف من توجّهت عليه يمين القضاء في الديون؛ أنّه ما قبض حقّه ولا شيئا منه ولا أحاله ولا أسقطه ولا سقط عن الميت بوجه من الوجوه.

المادة 155 – إذا دفع الولي الدّين قبل يمين القضاء، ضمن إن تعذّرت يمين القابض للدّين.

المادة 156 – يلزم الدّائن يمين القضاء إذا مات المدين، وكان في ورثته قاصرون. وكذا إذا كانوا كلّهم رشداء وأقرّوا بالدّين وأرادوا الدّفع بحكم حاكم.

المادة 157 – لا تجمع يمين القضاء مع اليمين المتمّمة للنّصاب لقيام شاهد واحد.

المادة 158 – يجوز الصّلح عن يمين القضاء. إذا عرفت عزيمة الطّالب على الحلف بقرائن الأحوال. ويتوقّف المقدّم في الصّلح عنها؛ على إذن القاضي.

المادة 159 – إذا كان الدّين لميّت على ميّت، توجّهت يمين القضاء على ورثة الطّالب أنهم لا يعلمون أنّ مورّثهم قبضه، ولكن يحلف من الورثة الكبار والزّوجة لا الصّغار.

المادة 160 – تسقط يمين القضاء، إذا أوصى الميّت بقضاء دينه من ثلث مخلّفه، أو أوصي بتصديق ربّ الدّين، أو وجبت على مسجد أو غيره من الأحباس التي لا يمكن فيها الأداء، أو أقرّ الميّت بشيء معيّن من عرض أو غيره من قراض أو وديعة.

المادة 161 – إذا توجّهت يمين القضاء على غير الرّشيد، يعجّل الحقّ وتؤخّر اليمين إلى الرشد، فإذا رشد طلب بالحلف، فإن حلف بقي الشّيء بيده، وإن نكل ردّ الحق إلى من أخذ منه.

المادة 162 – إذا كان الحقّ على ميّت أو غائب، وكان ربّ الدّين اشترط أنّه مصدّق في عدم قبض حقّه، عمل على الشّرط مطلقا، فلا تتوجّه اليمين.

المادة 163 – يمين الإنكار، هي اليمين المتوجّهة لردّ دعوى ماليّة محقّقة، إذا عجز المدّعي عن الاستظهار بالبيّنة.

المادة 164 – لا يشترط في توجيه يمين الإنكار، ثبوت الخلطة بين المتداعيين.

المادة 165 – لا يحلف المطلوب يمين الإنكار، إلاّ على ما ادّعاه الطالب، ولا يكتفي بما ينفي دعواه تضمّنا أو التزاما.

المادة 166 – إذا امتنع من توجّهت عليه اليمين لأخذ مال، من الحلف حتى يحضر المال، أجيب إلى ذلك.

المادة 167 – إذا توجّهت اليمين على المطلوب المنكر للدّعوى؛ فالتزم الحلف، ثم بدا له أن يقلب اليمين على المدّعي، لزمه ما التزمه، ولم يكن له قلب اليمين.

المادة 168 – إذا توجّهت اليمين على المطلوب ؛ فقلبها على خصمه، ثم بدا له وأراد أن يحلف، فليس له ذلك.

المادة 169 – إذا رضي من خصمه باليمين؛ ثم رجع وقال آتي بالبيّنة، لم يكن له ذلك.

المادة 170 – من حقّ الحالف؛ أن يطلب ممّن توجّهت له اليمين أن يجمع مطلبه ليحلف يمينا واحدة، إذا كان ذلك في غير ميراث.

المادة 171 – لا تجمع يمين الإنكار مع يمين الردّ، بل لا بدّ من يمينين مفترقتين.

المادة 172 – لا تعجّل يمين الإنكار أو التّهمة على السّفيه؛ ويستأني رشده.

المادة 173 – إذا ادّعى السّفيه دعوى؛ فنكل المطلوب عن اليمين، حلف السّفيه واستحقّ الحقّ.

المادة 174 – لا يحلف الصّغير الذي شهد له شاهد بحقّه في الدّعاوي الماليّة وما يؤول إليها، ويؤمر المطلوب باليمين إذا أنكر، فإن نكل، حكم للصّبي في الحال، ولا يمين عليه بعد بلوغه. وإن حلف، وقف الشيء إلى بلوغه، فإن حلف بعد البلوغ، استحقّ، وإن نكل، أخذه المطلوب.

المادة 175 – يحلف السّفيه مع الشاهد له ويستحقّ، فإن نكل، حلف المطلوب وبقي الشيء بيده إلى الرّشد، فيحلف المرشّد ويستحقّ.

المادة 176 – تلزم الأب اليمين في الدّعوى على ولده، إذا قام للأب شاهد بحقّه، أو نكل الابن عن اليمين وردّها على الأب.

المادة 177 – إذا طلب الأب من ابنه أن ينفقه لعدمه، فأنكر الابن العدم، فأثبته الأب، قضي له بالنّفقة دون يمين.

المادة 178 – من له ديون مؤجّلة فأراد سفرا ووكّل وكيلا على اقتضائها وسأل من القاضي أن يمكّنه من الحلف على بقاء تلك الدّيون في ذمم المدينين، مكّن من ذلك، على ما به القضاء بتونس. وتسمّى هذه اليمين يمين رغبة.

الفصل الثّاني
في الإقرار – وفيه مباحث

المبحث الأوّل – في شروط صحّته

المادة 179 – شروط صحّة الإقرار أن يكون المقرّ بالغا، مكلّفا، رشيدا، طائعا، لم يكذّبه المقرّ له، ولم يتّهم المقرّ في إقراره، وكان الإقرار لقابل التّمليك.

المادة 180 – الإقرار في الصّحة نافذ صحيح، إذا كان المقرّ به في الذمّة، أو معينا لا يعرف ملك المقرّ له. فإن أقرّ بما يعرف ملك المقرّ له، جرى مجرى الهبة، إن حاز ذلك المقرّ له في صحّة المقرّ جاز، وإلاّ لم يجز. لا فرق في ذلك بين المقرّ له الوارث وغيره.

المادة 181 – لا يعتبر إقرار البائع في ثبوت التّوليج (أي كون البيع صوريّا غير حقيقيّ) وإنّما يعتبر إقرار المشتري أنّ الشّراء لا أصل له؛ وإنّما هو عطيّة.

المادة 182 – إذا ثبت التّوليج بإقرار المشتري أو بالبيّنة، ردّ البيع إن لم يقبض المشتري المبيع حتى حصل مانع من موت أو تفليس. فإن قبضه المشتري قبل حصول المانع مضى.

المادة 183 – إذا اشترى الأب لابنه الصغير ربْعا، وأقرّ أنّ المال للابن، مضى ذلك للابن مطلقا.

المادة 184 – إذا اشترى الأبُ لابنه الصغير بمال أقرّ أنّه وهبه له، صحّ ما اشتراه للابن؛ و لم يقبض الابن المبيع.

المبحث الثّاني

في الإقرار بنسب أو وارث

المادة 185 – إذا أقرّ إنسان أنّ فلانا ابن عمه؛ لا وارث له غيره وأشهد بذلك ثم مات؛ لا يثبت النّسب بهذا الإقرار؛ وإنّما له المال بعد التأنّي، فإن لم يأت له طالب أخذه المقرّ له مع يمينه.

المادة 186 – إذا رجع المقرّ بوارث عن إقراره، منع رجوعه من أن يرثه المقرّ له.

المادة 187 – إذا أقرّ أحد الورثة بوارث آخر، يكون المقرّ له من المقرّ ما أخذه زائدا على تقدير صحّة الإقرار.

المبحث الثّالث

في الإقرار بالحبسيّة

المادة 188 – إذا أقرّ الورثة بحبس لزمهم ذلك. ويكون محبّسا عليهم على حسب ما أقرّوا به. إلاّ أن يظهر كتاب الحبس يوما ما ويكون فيه خلاف ما أقرّوا به من المرجع والتّعقيب فينتقض إقرارهم في ذلك. وإن شاركهم أحد في الميراث لم ينفذ إقرارهم إلاّ في حصصهم فقط. ويلزم المنكر اليمين بالله أنّه لا يعلم أنّ مورّثه حبّس عليهم شيئا، وليس له ردّ اليمين.

المبحث الرّابع

في الإقرار بالمجمل

المادة 189 – إذا أقرّ الزّوج الصّحيح بأنّ جميع ما في بيته لامرأته وأشهد بذلك؛ قضي به للزّوجة بعد يمينها أنّه لها.

المادة 190 – إذا أقرّ الزّوج وهو مريض أنّ جميع ما في بيته لزوجه؛ أخذت ما كان من زيّها بغير يمين؛ أما ما كان من غير زيّها فلا تأخذه إلاّ بيمين.

المبحث الخامس

فيما يقبل فيه رجوع المقرّ عن إقراره

المادة 191 – يقبل الرّجوع عن الإقرار، إذا اعتذر بما هو عذر عادي، كالمرأة تدّعي أنّ زوجها طلّقها ثلاثا فينكرها ثم يخالعها فتزيد نكاحه بعد ذلك وتقول إقراري بالطّلاق الثلاث لأتخلّص منه، فإنّه يقبل قولها وتمكّن من نكاحه. وكذلك المرأة تطلّق ثم تدّعي الحمل ثم ترجع عن ذلك معتذرة بأنّها قالت ذلك ليراجعها، فإنّها تصدّق.

الفصل الثّالث

في الإبـراء

المادة 192 – الإبراء من المعيّن إسقاط للمطالبة به، وما يعرف أصله للمبرئ يكون حكمه الهبة. فإن حيز قبل حصول المانع وإلاّ بطل.

المادة 193 – الإبراء بصورة عامّة لا يشمل الرّبع. فيحتاج الرّبع إلى التّنبيه عليه بخصوصه؛ ويتناول المعيّن وغيره.

المادة 194 – إذا أبرأ الإنسان آخر من قليل الأشياء وكثيرها، فالتزم آخر جميع ما التزمه الأوّل، ثم ذهب إلى أنّه لم يقصد إلاّ أشياء معيّنة؛ لم يلزم الملتزم إلاّ ما نصّ عليه وفسّره، بعد يمينه أنّه ما التزم من الإبراء إلاّ ما نصّ عليه. وله ردّ اليمين على المبرئ.

المادة 195 – إذا جرى الإبراء العام على سبب، وادّعى المبرئ أنّه قصد بالتّعميم فيما هو السّبب، قبل قوله.

المادة 196 – إذا وقع إبراء عام؛ ثم قام المبرئ يدّعي حقّا وأقام بيّنة عليه، فإن علم تقدّم البيّنة على البراءة أو جهل لم تقبل البيّنة، وإن علم ببيّنة أنّ الحقّ المدّعى به بعد الإبراء؛ قبلت البيّنة.

المادة 197 – إذا عقد إنسان أنّه لم يخلّف عند قريبه أو عند ورثته مالا ولا عرضا ولا ناضّا، توجّهت اليمين على المبرئ إذا اتّهم في ذلك.

الفصل الرّابع
في الإسقاط

المادة 198 – من أسقط حقّا من حقوقه، لزمه الإسقاط إذا كان أهلا للتبرّع به؛ وكان ذلك بعد وجوب الحق.

المادة 199 – ليس للمسقط حقّا، الرّجوع فيه إلاّ إذا كان هناك عذر قويّ؛ كما إذا أسقطت الزّوجة حقّها في القسم لها، فلها الرّجوع متى شاءت.

المادة 200 – إسقاط الشريك حقّه في الشّفعة قبل البيع لا يلزم.

المادة 201 – من أسقط إرثه من مورّثه أو وهبه لشخص آخر، فإن كان بعد موت مورّثه أو حال مرضه المخوف الذي مات فيه، لزمه ولم يكن له رجوع إلاّ إذا ظنّ أنّه يسير ثم بان أنّه كثير، فيحلف على ذلك ولا يلزمه. وإن كان في صحّة مورّثه لم يلزمه وكان له الرّجوع.

المادة 202 – إذا وهب الوارث ميراثه لمورّثه، فإن لم يقض المورث فيه بشيء حتى مات؛ رجع للوارث. وإن قضى فيه بشيء جرى على وزان إجازة الورثة

الوصيّة بأكثر من الثّلث؛ فلا يلزم إلاّ إذا كان ذلك في المرض المخوف الذي اتّصل به الموت؛ وكان الواهب رشيدا؛ ليس في نفقة الميّت، ولا له عليه دين؛ ولا سلطان.

المادة 203 – إذا اشترط الزّوج لزوجته، إن تزوّج عليها أو أخرجها من بلدها فأمرها بيدها؛ فأسقطت الشّرط وأباحت له التزوّج؛ فإن كان الإسقاط بقرب إرادة فعل الزّوج؛ لزمها الإسقاط ولا رجوع لها. وإن تراخى فعل الزّوج؛ كان لها الرّجوع فيما أباحت له.

المادة 204 – إذا أبرأت الزّوجة زوجها من الصّداق في نكاح التفويض قبل البناء وقبل أن يفرض لها؛ لم يلزمها.

المادة 205 – إذا أسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل؛ لزمها الإسقاط.

المادة 206 – إذا أسقطت المرأة حقّها في الحضانة؛ فإن كان الإسقاط بعد وجوب الحاضنة لها، لزمها الإسقاط، وإلاّ لم يلزم.

المادة 207 – إذا أسقطت الزّوجة حقّها في الحضانة حال العصمة، لزمها الإسقاط.

المادة 208 – إذا خالع الزّوج زوجته على إسقاط حضانتها وهي حامل؛ لزمها الإسقاط.

المادة 209 – إذا أسقط مستحقّ في وقت حقّه من الحبس، لزمه الإسقاط. ولا يعمل هذا الإسقاط بالنّسبة لمن ينتقل إليه الحقّ من ورثته بمقتضى نصّ الواقف. وإذا كان الإسقاط، يختصّ به المسقط له. وإذا كان لغير معيّن، لا يختصّ به واحد من المستحقّين دون آخر.

الفصل الخامس
في الالتزام – وفيه مباحث :

المبحث الأوّل

في الالتزام المطلق :

المادة 210 - من التزم شيئا من المعروف لزمه. وقضى به على الملتزم إن كان الملتزم له معيّنا، ولم يحصل للملتزم مانع من موت أو تفليس أو مرض مخوف قبل حوز الملتزم له. فإن حصل المانع بعد الحوز نفذ الالتزام. أما إذا كان الملتزم له غير معيّن، فلا يقضي بالالتزام إن امتنع الملتزم.

المادة 211 - من التزم إنفاق شخص معيّن، لزمه المطعم والملبس، إلاّ إذا قال أردت الإطعام خاصّة، فإنّه يصدّق بدون يمين. وكذا إذا أنفق مدّة معيّنة كشهر وقال هذا الذي أردت، وطلبت الملتزم له مدّة حياته، فإنّ الملتزم يصدّق.

المادة 212 – إذا طاع الزّوج بنفقة ولد زوجته أمد الزّوجيّة، جاز بعد العقد. ومنع إذا كان في العقد، ويفسخ النّكاح حينئذ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل، ويبطل الشّرط.

المادة 213 – من تزوّجت رجلا على أن ينفق على أولادها من غيره أجلا معلوما، أو تطوّع الزّوج بعد العقد بالإنفاق عليهم مدّة الزّوجيّة، وأرادت الرجوع بذلك على أبيهم، فإن كتب ذلك للولد. فلا رجوع على أبيهم بشيء وللأب أن يمتنع من إنفاق زوج أمهّم على أولاده.

المادة 214 – إذا خالع الزّوج زوجته على أن التزمت له مؤونة الحمل إن ظهر بها، أو مؤونة الحمل الظّاهر جاز، وإن التزمت مع ذلك إرضاع الولد ومؤونته إلى فطامه

جاز ولزمها. فإن ماتت أخذ من تركتها، ويوقف منها قدر مؤونة الابن إلى انقضاء المدّة. فإن ولدت توأمين لزمها إرضاعهما، فإن مات الولد في أثناء المدّة فلا شيء للأب.

المادة 215 – إذا أعدمت الأمّ في خلال المدّة التي التزمت بإنفاق الولد فيها، تعود النّفقة على الأب. ثم إن أيسرت، رجعت النّفقة عليها. ويتبعها الوالد بما أنفق على ابنه مدّة عدمها.

المادة 216 – إذ أشهدت الأمّ الملتزمة إنفاق الولد، أنّها موفورة المال وأنّها متى أثبتت أنّها عديمة فذلك باطل، لم تنتفع بما يشهد لها من العدم حتى يشهد بمعرفة ذهاب مالها الذي أقرّت به. إلاّ إذا كانت معلومة بالإعسار والعدم، بحيث يشهد بذلك غالب من يعرفها. ويغلب على الظّن أنّ ما أشهدت به من الوفور كذب محض، فلا يلتفت حينئذ إلى ما أشهدت به ويلزم الأب الإنفاق.

المادة 217 – من أوصى والتزم في وصيّته عدم الرّجوع؛ لم يلزمه الالتزام وله الرّجوع. إلاّ إذا أشهد في التزامه أنّه كلّما رجع كان رجوعه تجديدا للوصيّة وتأكيدا لها، فليس له الرّجوع حينئذ.

المادة 218 – إذا التزم الواهب الذي له الاعتصار، عدم الاعتصار، لزمه ذلك.

المبحث الثّاني

في الالتزام المعلّق

المادة 219 – إذا علّق الملتزم التزامه على فعله شيئا، وقصد بالالتزام الامتناع، لم يقض عليه به. وإذا قصد بالالتزام حصول الفعل، قضي عليه بالالتزام. إن كان الملتزم له معيّنا، ولم يقض عليه به، إن كان الملتزم له غير معيّن.

المادة 220 – إذا اشترط أحد الخصمين لصاحبه إن لم يحضر معه مجلس القضاء في أجل كذا، فدعواه بطالة أو دعوى خصمه حقّ؛ ألغي هذا الالتزام، ولا يوجب التغيّب حقّا لم يجب ولا يسقط حقّا قد وجب.

المادة 221 – إذا قال أحد الخصمين إن لم آت بالبيّنة أو بمستند في وقت كذا فدعواي باطلة أو دعوى خصمي حقّ، لم يلزم هذا الالتزام ولا يصحّ الحكم به.

المادة 222 – من خالعت زوجها على شيء وعلى أنّها إن تزوّجت قبل انقضاء عام من تاريخ الخلع فعليها ألف درهم؛ فالخلع جائز والشّرط باطل؛ ولها أن تتزوّج قبل العام ولا يقضى عليها بشيء.

المادة 223 – من قال لزوجته إن ولدت غلاما فلك كذا؛ فإذا ولدت غلاما يلزمه ما التزمه ويقضى عليه به.

المادة 224 – إذا قال الشّخص للحاضنة إن أسقطت حقّك من الحضانة فلك كذا؛ فأسقطت حقّها؛ يلزمه الالتزام.

المادة 225 – إذا أعطت الزّوجة زوجها على لا يتزوّج عليها؛ أو وضعت له شيئا من صداقها لذلك، فإذا تزّوج عليها فلها أن ترجع عليه، سواء أكان التزوّج بالقرب أم بالبعد.

المادة 226 – إذا أعطت الزّوجة زوجها شيئا على أن يطلّق ضرّتها، فطلّقها ثم أراد أن يراجعها، فإن كان ذلك بالقرب، كان لها أن ترجع عليه، وإن كان بالبعد لم يكن لها ذلك.

المادة 227 – إذا أخذ الرّجل من زوجته مالا على أن يمسكها ثم فارقها، فإن كان فراقها بقرب العطيّة، كان لها أن ترجع، وإن كان بالبعد، لم يكن لها الرّجوع.

المادة 228 – من التزم لأجنبيّ بمال على أن يطلّق زوجه فطلّق؛ والقصد من الالتزام إسقاط النّفقة الواجبة في العدّة للمطلّقة على مطلّقها؛ يبطل الالتزام ويقع الطّلاق رجعيّا.

الفصل السّادس
في الشّهادات – وفيه مباحث

المبحث الأوّل
في شروط قبول الشّهادات وذكر موانعها

المادة 229 – الشّاهد حال تحمّله الشّهادة؛ يشترط فيه التمّييز والضّبط. وحال أدائه الشّهادة؛ يشترط فيه العقل والبلوغ والحرّية والإسلام والعدالة والرّشد.

المادة 230 – موانع قبول الشهادة ستّ 1- التغفّل 2- وتأكّد القرابة 3- وتهمة جرّ النّفع للشّاهد؛ أو دفع الضّرر عنه 4- والعداوة الدنيويّة 5- والحرص على إزالة النّقص أو على الأداء 6- والاستبعاد.

المبحث الثّاني
في تقسيم الشّهادة إلى أصليّة واسترعائيّة
وما يلزم في كلّ منهما

المادة 231 – الشّهادة الأصليّة هي الشّهادة بما يمليه المشهود عليه على الشّاهد؛ وتسمّى الآن حجّة رسميّة. والشّهادة الاسترعائيّة هي شهادة بما في علمه.

المادة 232 – شهادة الأصل يشترط فيها معرفة الشّاهد للمشهد، أو التّعريف به من غيره. والأصل أن يكتفي في التّعريف بمن يحصل العلم بخبره ولو امرأة أو صبيّا إذا انتفت الرّيبة. لكن للاحتياط صدرت التّراتيب بلزوم أن يكون المعرّف رجلين؛ وأن يمضي المشهد والمعرّفان على الشّهادة التي تكتب بدفتر الشّاهد.

المادة 233 – يقوم مقام التّعريف، الورثة الرسميّة المعروفة ببطاقة الحالة الشّخصية عند الاضطرار.

المادة 234 – إذا أكذب المعرّف الشّاهد في التّعريف بطلت الشّهادة.

المادة 235 – لا تكون الشّهادة الأصليّة؛ حجّة إلاّ فيما سيق للإشهاد؛ وماتضمّنه الرّسم من غير ذلك لا يصلح للاحتجاج؛ إلاّ إذا ضمن الشّهود شهادتهم به؛ أو قالوا إنّ ذلك برسم وقف عليه شهيداه يتضمّن كذا وكذا ؛ وأتوا بما لابدّ منه في شهادة الوقوف.

المادة 236 – شهادة الوقوف (ويعبّر عنها في القديم بمعاينة الرّسوم)، هي معاينة الشّهود للرّسوم ومعرفتهم لخطوطها وإحاطتهم علما بما تضمّنته.

المادة 237 – شهادة الوقوف بالمعنى المتقدّم يحكم بها إذا أدّاها الشّهود لضياع الرّسوم.

المادة 238 – قول الموثّق في الشّهادة الأصليّة شهد بحال صحّة وطوع وجواز؛ أمر يدلّ على الصّحة والطواعيّة ولا يدلّ على الرّشد. بخلاف قوله : وهو بحال كمال؛ فيدلّ على الطّوع والرّشد.

المادة 239 – يلزم في الشّهادة الأصليّة في التبرّعات؛ تصريح الموثّق بالإشهاد؛ بأن يقول الموثّق أشهد فلان أنّه وهب أو تصدّق أو يقول في فاتحة الوثيقة؛ وهب أو تصدّق؛ ويقول في آخرها؛ وشهد على إشهاده بذلك، فإن لم يصرّح بالإشهاد بطلت الوثيقة.

المادة 240 – يلزم في البيّنات الاسترعائيّة بيان مستند العلم في الشّهادة. فإن تعذّر البيان لموت الشّهود أو غيبتهم بطلت الوثيقة.

المادة 241 – يلزم في بيّنة الإراثة أن يذكر الشهود انحصار إرث المتوفّى في الأشخاص الذين يعيّنونهم، وأن يذكروا عدم علمهم بوارث سواهم.

المادة 242 – يلزم في البيّنة الشّاهدة بأنّ العاصب للميّت فلان؛ أن يذكروا الجدّ الجامع وإلاّ كانت ملغاة.

المادة 243 – إذا عرف شهود الإراثة عدد الورثة ولم يعرّفوا أسماءهم، فهي شهادة تامّة، إلاّ إذا وقع بين الورثة تنازع. وإذا سمّوهم ولم يشهدوا على أعيانهم، أو لم يذكروا أنّهم يعرفونهم، فهي تامّة أيضا.

المادة 244 – يلزم في بيّنات الملك الاسترعائيّة أن يصرّح الشّهود بفصول خمسة، وهي 1- اليد، أي الحوز 2- وتصرّف الحائز تصرّف المالك 3- وكونه ينسبه لنفسه، والنّاس إليه 4- وعدم علم المنازع 5- وطول الحيازة عشرة أشهر فأكثر. أمّا عدم العلم بخروجه عن ملكه؛ فشرط صحّة في وثيقة استحقاق الميّت، وشرط كمال في وثيقة استحقاق الحيّ. ولا تقبل الشّهادة بالملك مجملة.

المادة 245 – لا تقبل البيّنات الاسترعائية مجملة من غير أهل العلم، في الشّهادة بالملك. والتّجريح، والتّعديل، والتّرشيد، والتّسفيه، والتّوليج، وذكر الأخ في وثيقة الوراثة، والشّهادة بالملأ على من ثبت عدمه، والشّهادة بضرر الزّوجة، والشّهادة بالغبن، والشّهادة بالرّدة، والشّهادة بالولاء، والشّهادة بالسّرقة، والزّنى، والقذف، والشّتم، والشّهادة بالتّعنيس، والشّهادة بالفقر، والشّهادة بأنّ الطريق وقف على المسلمين حتى يتبيّن أنّ الواقف فلان بإشهاده أو بالسّماع أو بغيرهما، والشّهادة بفساد عقد، والشّهادة بلحاق الحمل بأبيه الميّت.

المادة 246 – إذا كان شهود البيّنات الاسترعائيّة عدُو لا معروفين بالعدالة، ككونهم منتصبين للإشهاد أو حاملين لأوامر تخوّلهم الانتصاب للإشهاد، لم يحتاجوا إلى تعديل-أي تزكية. ويكتب الموثّق تحت اسم الشّاهد هذه العبارة (معروف بالعدالة)

المادة 247 – إذا لم يكن شهود الاسترعاء معروفين بالعدالة، احتاجوا إلى التّعديل. فإن علم العدلان المأذونان بالرّفع عليهم عدالتهم، صرّحا بتعديلهما إيّاهم.

المادة 248 – لا يقبل في التّعديل إلاّ رجلان عدلان معروفان عند القاضي، إلاّ أن يكون الشّاهد غريبا أو امرأة، فلا يشترط أن يزكّيهما ابتداء معروف عند القاضي، لكن لابدّ أن يزكّي مزكيهما معروف عند القاضي بالعدالة.

المادة 249 – يلزم في التّعديل مخالطة المعدّل للمعدَّل، بحيث يتكرّر اختباره له وتطول مخالطته إيّاه. ويلزم أن يكون المعدّل مبرّزا ناقدا فطنا لا يخدع، ويلزم أنَ يقول المعدّل في المعدّل عدل رضي.

المادة 250 – إذا زكّي شاهد وحكم بشهادته، ثم شهد ثانيا، يطلب تعديله. وهكذا كلّما شهد حتى يكثر تعديله ويشتهر مطلقا. وإذا عجز عن تعديله بالموت من عدله أو غيبته؛ وجب قبول شهادته.

المادة 251 – إذا عدّل شخص غيره فشهد المعدّل (بالفتح) على المعدّل (بالكسر) حكم عليه من غير احتياج إلى تزكية.

المادة 252 – يلزم في البيّنات الاسترعائيّة المحتاجة إلى التّزكية، أن تكون التّزكية على عين الشّهود، إلاّ إذا كان الشّاهد مشهور العين في البلدلا يشتبه بغيره في صفته واسمه، فلا بأس بتعديله غائبا.

المبحث الثّالث

في أحكام الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ

المادة 253 – الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ هو طلب المشهد الشّهود برعي الشّهادة وحفظها؛ ليؤدّوها له عند الحاجة إليها، وموجبه الخوف أو إنكار الحق. فيشهد أنّ ما يفعله غير ملتزم له، وإنّما حمله عليه خوف الضّرر أو طلب ظهور الحقّ.

المادة 254 – لا ينفع الاسترعاء إلاّ إذا أذن فيه القاضي؛ وثبتت التّقية في المعاوضات. أما التّبرعات فلا يشترط فيها إثبات التّقية. ويلزم أن يقوم المسترعي

بالفور؛ أي داخل السّنة بعد زوال التّقية؛ فإن مضى عام على زوال التّقية ولم يقم المسترعي بحقّه؛ لم ينفعه الاسترعاء إذا لم يكن له عذر في عدم القيام.

المادة 255 – يلزم في الاعتِداء بالاسترعاء؛ تأريخه باليوم والسّاعة؛ ليعلم تقدّمه على الصّلح. فإن اتّحدا في اليوم ولم يقع تعيين السّاعة؛ لم يفد استرعاؤه.

المادة 256 – إذا صالح وأشهد أنّه أسقط الاستحفاظ؛ فإنّ ذلك لازم له. ولا ينفعه استحفاظه المتقدّم؛ إلاّ إذا أشهد في استحفاظه أنّه إن أسقط الاستحفاظ فإنّه غير ملتزم له. فإذا أشهد بقطع الاسترعاء في الاسترعاء، قطع ذلك جميع الاسترعاءات ولم ينتفع باسترعائه.

المبحث الرّابع

في قبول غير العدول في البيّنات الاسترعائيّة

المادة 257 – يقبل اللّفيف في البيّنات الاسترعائيّة، على ما جرى به العمل من القرن العاشر، للضّرورة الدّاعية إلى ذلك. ويقبل منهم الأمثل فالأمثل. ويشترط فيهم السّتر؛ أي أنّهم غير ظاهري الجرحة.

المادة 258 – يتلقّى شهادة اللّفيف؛ العدول المنتصبون للإشهاد، بإذن من الحكام الشّرعيين. ويلزم ختمها بخاتم الآذن فيها؛ وأن يخاطب عليها بخطّه بالعمل، بأن يكتب هذا اللّفظ (يكتب العمل) فالختم علامة على الإذن، وكتابة العمل خطاب لمن يقف عليها بصحّة الشّهادة وصلوحيتها للاحتجاج بها. ولهذا لا يسوغ للحاكم أن يخاطب عليها بالأعمال إذا كانت غير صحيّة.

المادة 259 – استفسار الشّهود موكول إلى اجتهاد الحاكم، فإذا رأى استفسارهم كان له ذلك. وتخلّف الشّاهد عن الاستفسار (ويسمّى بالتّحرير) موجب لسقوط الشّهادة.

المبحث الخامس
في الشّهادة على الخطّ

المادة 260 – إذا عرف الشّاهد خطّه في كتاب فيه شهادته، يعتمد ذلك ويشهد، وتنفع المشهود له شهادته.

المادة 261 – إذا مات الشّاهد المنتصب للإشهاد أو غاب؛ توقّف العمل بشهادته على التّعريف بأنّ العقد عقده من غير شك ولا ريبة؛ وأنّه يوسم بالعدالة إلى أن غاب أو مات. ولا يقبل في التّعريف بالخط إلاّ العدول المنتصبون المعروفون بالفطنة وعدم التباس الخطوط عليهم. فإذا كان القاضي يعرف عقودهم لم يحتج إلى التّعريف بالعقد.

المادة 262 – إذا مات العدل المنتصب للإشهاد أو غاب، وأريد الرّفع على شهادته، لأنه لم يخرجها برسم من دفتره، استأذن عدلان حاكما شرعيّا في إخراج الشّهادة من الدفتر وإدراجها بالرّسم. فيكتب العدل الحاضر شهادته ويعقد عليها، ثم يخرج العدلان أسفل شهادة الحي ما بالدّفتر؛ ويعقدان على ذلك، بعد أن يشهدا أنّ الإمضاء إمضاؤه من غير شكّ عندهما في ذلك ولا ريبة. وأنّه يُوسم بالعدالة إلى أن توفّي، أو إلى أن كان غائبا؛ ويضمّنا إذن الحاكم. ويختم الحاكم تلك الشّهادة بختمه.

المادة 263 – إذا كانت الوثيقة المشهود على خطّها مشتملة على المعرفة أو التّعريف بالمشهد، لم يشترط أن يشهد الشّاهد بالخطّ أنّ المشهود على خطّه كان يعرف من أشهده معرفة عين. وإن خلت الوثيقة من ذلك، فإن كان الشّاهد معلوم الضّبط والتحفّظ، قبلت وإلا ردّت، إلاّ أن تكون على مشهور كالرّؤساء.

المادة 264 – ليس من تمام التّعريف؛ التعرّض لتعديل ذي الخط، فإذا كان الشّاهد بالخطّ لا يعرف عدالة صاحبه، لا يشهد إلاّ بمعرفة خطّه خاصّة. ثم إن احتاج القاضي فيه إلى تعديل، جاز أن يعدّله غير الشّاهد بخطّه.

المادة 265 – يشترط في قبول الرّفع على الخطّ؛ أن يكون بشاهدين إثنين.

المادة 266 – الغيبة المبيحة للرفع على الخطّ؛ هي البعيدة، أي التي تنال الشّاهد فيها مشّقة. واختلاف عمل القضاة يتنزّل منزلة البعد، وإن كان ما بين العملين قريبا.

المادة 267 – ما كان من العقود والالتزامات بخطّ اليد دون إشهاد؛ يحتج به ويعتمد عليه، إذا كان ذلك بإمضاء العاقد أو الملتزم، أو بعلامته إذا كان عدلا منتصبا للإشهاد، لكن بعد أن يثبت أنّ الإمضاء أو العقد خطّ الممضي أو العاقد، بشهادة عدلين.

المادة 268 – إذا كان الممضي لا يعرف من الكتابة غير الإمضاء، وأنكر ما تضمّنته الكتابة، زاعما أنّ الكتابة في غرض آخر؛ وأنّ الكاتب أخبره بأنّ الكتابة في الغرض الذي ذكره فأمضى لاعتقاده صدقه، فإنّه إذا حلف على ما زعمه، لم يقم الكتب الممضى منه حجّة عليه.

المادة 269 – لا تعتبر الكتابة الخالية من إمضاء الكاتب أو عقده، ولو قامت الشّهادة بأنّ الخطّ خطّه.

المادة 270 – لا يثبت الطّلاق المكتوب بخطّ المطلّق والممضى منه؛ إلا إذا أرسل الكتاب إلى الزّوجة أو إلى من يعلمها بالطّلاق؛ فيلزم الطّلاق إذا شهد على خطّه عدلان. وأما إن لم يخرج الكتاب من يده فلا يحكم لها بالطّلاق؛ إلاّ أن يقرّ الزّوج أنّه كتبه مجمعا على الطّلاق؛ أو ينصّ فيه على أنّه أنفذه.

المادة 271 – لا تعتبر الوصيّة المكتوبة بخط يد الموصي؛ إذا ثبت أنّ الخطّ خطّ الموصي. إلاّ بعد أن يثبت بالشّهادة أنّه دفع الكتاب إلى الموصى له؛ أو إلى أمين في حياته؛ فإن لم يثبت ذلك لم يعتد بالوصيّة، إلا إذا قال «فليشهد على خطّي من وقف عليه».

المادة 272 – إذا لم يوجد من يشهد على خطّ الكاتب المنكر لخطّه؛ فطلب المدّعي جبر المدّعى عليه على الكتابة بمحضر العدول، والمقابلة بينه وبين ما احتجّ به المدّعي ليعلم صدقه، أجبر المدّعى عليه على الكتابة.

المبحث السّادس
في شهادة النّقل

المادة 273 – شروط شهادة النّقل خمسة. الأوّل أن ينقل إثنان فأكثر عن واحد فأكثر. الثّاني أن يكون شهود الأصل والنّقل عدولا. الثّالث أن يبقي شهود الأصل على شهادتهم حتّى يحكم بها. الرّابع أن يقول المنقول عنهم انقلوها عنا. الخامس أن يكون ذلك لعذر مرض أو سفر، إلاّ في النّساء، فيجوز النّقل عليهنّ ولو كنّ حضورا.

المبحث السّابع
في النّسخ والمضامين

المادة 274 – لا يعمل بالنّسخ ولا تكون حجّة، إلاّ إذا كانت مقامة عن إذن الحاكم الشّرعي، ومختومة بختمه، ومخاطبا عليها منه.

المادة 275 – كيفيّة الخطاب على نسخ الأحباس. أن يكتب الحاكم بخطّه على النّسخة ما نصّه «قوبل الفرع بأصله فتطابقا وكانا نصّا سواء، وأعلم بذلك فلان قاضي كذا أو مفتي كذا».

المادة 276 – إذا كانت النّسخة تامّة لا ريبة فيها، ووجد خطاب القاضي عليها، فإنّه يعمل بها، ولو وجد الأصل مرتابا.

المادة 277 – لا يجوز الإذن في إخراج النّسخ فيما يخشى فيه تكرّر الحقّ، ويجوز إخراج ما لا يخشى فيه ذلك، وإذا جهل الشّهود وأخرجوا نسخة مما لا يجوز عادة إخراجه قضي بها.

المادة 278 – يخاطب القاضي على نسخ غير الأحباس بقوله «ثبت لديّ» والضّمير في «ثبت» بصيغة الإفراد والتّذكير يعود على الرّسم.

المادة 279 – تخرج المضامين من رسوم الأملاك المشتركة، إذا أراد الشّريك الاستقلال برسم فيما على ملكه. فيطلب من الحاكم الشّرعي الإذن لعدلين في إخراج مضمون ما بالرّسم الأصلي للملك، يذكر فيه ما على ملكه من العقّار ليكون حجّة فيما بيده. فيتسلّم الحاكم الرّسم الأصلي ويتأمّل منه تأمّلا شافيا، فإذا لم يجد ريبة فيه، وكان على الصّحة والسّلامة، وعلم عدالة شاهديه، أو وقع التّعريف بعقدهما وعدالتهما، أذن عدلين في إخراج مضمون منه، يحكيان فيه انتقال الملك الواقع في هذا العقّار من يد إلى أخرى، ويذكران أسبابه إلى أن يأتيا على جميع ما بالرّسم، إن كانت المدّة قصيرة، فإن طالت اكتُفيَ بذكر ثلاثة انتقالات، وبعد تضمينهما ذلك يذكران من آل إليه استقرار هذا الملك؛ ويذكران أنّه كتب هذا المضمون بالإذن من فلان القاضي أو المفتي؛ ليكون حجّة في تملّك فلان للجزء الذي يملكه منه؛ ويعيّنان مقدار هذا الجزء؛ ويؤرّخان كتابة المضمون،ولا يعقدان على ما كتباه إلاّ بعد أن يطّلع الآذن على المضمون، ويتتبّعه ويجده قد استوفى ما بالرّسم من الأركان ولم يترك منه إلاّ ما لا يحتاج إليه؛ فحينئذ يختمه؛ ويكتب بخطّه قبل وضع العدلين علامتيهما ما نصّه «ختم في كذا من عام كذا» ويذكر التاريخ. ثم يضع العدلان إثر هذه الكتابة علامتيهما. ويكتب العدلان في هامش الرّسم الأصلي ما نصّه «أخرج منه مضمون في تملّك فلان لقدر كذا بشهادة شهيديه فلان وفلان في تاريخ كذا» ويبطل الاحتجاج

بالرّسم الأصلي في المقدار الذي أخرج فيه المضمون. ويصير المضمون حجّة فيما أخرج فيه.

المبحث الثّامن

في أقسام الشّهادة باعتبار ما توجبه

المادة 280 – الشّهادة التي توجب الحقّ بدون يمين أنواع:

1 - شهادة أربعة في الزّنى.

2 - شهادة عدلين في غيره.

3 - شهادة رجل وامرأتين في المال وما يؤول إليه؛ كالنكاح بعد موت الزّوج والزّوجة؛ فيثبت الإرث بالشّاهد والمرأتين؛ إن لم يكن للميت وارث معلوم النّسب يحوز المال كلّه؛ وإلاّ فلابدّ من عدلين على النّكاح؛ فإن لم يكونا فلا إرث.

4 - شهادة امرأتين فيما لا يطّلع عليه الرجال، كالمحيض، والرّضاع، إن فشا قولهما قبل العقد. كالولادة والاستهلال وكون المولود ذكرا أو أنثى، وعيوب الفرج.

المادة 281 – الشهادة التي توجب الحقّ مع اليمين أربعة أنوع:

1 - شهادة العدل في المال وما يؤول إليه، فيحلف المشهود له ويقضى له، كالحبس على معيّن، فإن كان على غير معيّن حلف المشهود عليه وبرئ، فإن نكل حكم عليه به.

2 - شهادة امرأتين في المال وما يؤول إليه.

3 - الشّاهد العرفيّ.

4 - البيّنة الشّاهدة بظاهر الحال، معتمدة على الظنّ لتعذّر القطع أو عسره، فيلزم الطّالب اليمين استظهارا على باطن الأمر.

المادة 282 – لا تلزم يمين الطالب مع الشّهادة الشّاهدة بظاهر الحال في الفروع الآتية: وهي الشّهادة بفقر أحد الأبوين لينفقه ولده. والشّهادة بعدّة الورثة. والشّهادة بالتّزكية. والشّهادة بالملك في استحقاق الأصول.

المادة 283 – الشّهادة التي توجب اليمين على المشهود عليه، ولا توجب الحقّ للمشهود له، شهادة العدل الواحد أو المرأتين، في الطلاق والقذف ونحوهما، ممّا لا يثبت إلاّ بعدلين.

المادة 284 – لا تتوجّه اليمين في النّكاح بشاهد واحد في غير الطارئين. وأما فيهما فتتوجّه اليمين على المنكر للنّكاح منهما.

المبحث التّاسع

في شهادة السّماع

المادة 285 – شهادة السّماع هي التي يصرّح فيها الشّاهد باستناد شهادته لسماع من غير معيّن.

المادة 286 – إذا شهد الشّاهد بالعلم بالشّيء. وبيّن أنّ سند علمه في ذلك السّماع، فهي بيّنة قطع، وإن كان مستندها السّماع.

المادة 287 – يلزم في بيّنة السّماع أن لا يعيّن المسموع منه، وإلاّ كانت شهادة نقل، وأن يجمع فيها بين السّماع من أهل العدل وغيرهم، وإلاّ كانت شهادة ملغاة.

المادة 288 – تعمل بيّنة السّماع في النّكاح، إذا لم يكن للمرأة زوج. فإن كان لها زوج، لم تنتزع منه ببيّنة السّماع. ويلزم في بيّنة السّماع بالنّكاح أن تكون مفصّلة كبيّنة القطع، بأن تقول «سمّى لها كذا، وأجّل لها كذا، وعقد لها وليّها فلان» ولا يكفي الإجمال.

المادة 289 – بيّنة السّماع بالرّضاع لا يعمل بها، وإذا قامت بعد العقد على المرأة المشهود أنّها محرّمة على العاقد بالرّضاع. أمّا إذا قامت قبل العقد عليها، فتفيد وتمنع من العقد.

المادة 290 – شهادة السّماع بالنّسب، لا يثبت بها النّسب، وإنّما يستحقّ بها المال، إذا لم يكن للمال وارث مستحقّ.

المادة 291 – يعمل بشهادة السّماع بانتقال الملك للحائز للعقّار عشرين سنة فأكثر، إذا اثبت من لا يحاز عليه كالغائب أنّها لأبيه، فتفيد شهادته السّماع بأنّ الحائز اشتراها هو أو أسلافه ممّن ثبت له الملك.

المادة 292 – تعمل بيّنة السّماع في الأحباس التي في حوز من شهدت له، أو لا يد لأحد عليها؛ ولا يشترط تسمية المحبّس، ولا إثبات ملكه في شهادة السّماع. ويلزم في شهادة السّماع بالحبس. القطع بأنّه يحاز بحوز الأحباس ويحترم بحرمتها. فإن شهدوا بما ذكر بالسّماع لا بالقطع بطلب الشّهادة.

المادة 293 – يثبت بشهادة السّماع مصارف الوقف وشروطه.

المادة 294 – لا يقبل في شهادة السّماع أقلّ من إثنين. ولا يلزم المشهود له بها اليمين.

المبحث العاشر

في الشّهادات النّاقصة

المادة 295 – إذا شهد الشّهود بحقّ لإنسان؛ في عقّار أو غيره لا يعرفون مقدراه؛ استنزل الشّهود إلى ما لا يشكّون فيه؛ وعمل بشهادتهم.

الباب الثّالث
وفيه تسعة فصول

الفصل الأوّل
في معنى الحكم والفتوى والثّبوت والتّنفيذ

المادة 296 – الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق؛ فيما يقع فيه النّزاع لمصالح الدّنيا.

المادة 297 – الفتوى إخبار المفتي عن حكم الشّارع في اعتقاده.

المادة 298 – الثّبوت عبارة عن قيام الحجّة على ثبوت السّبب عند الحاكم.

المادة 299 – الثّبوت يدخل في المواطن التي يلحقها الحكم؛ وفي المواطن التي لا حكم فيها إجماعا.

المادة 300 – الأنواع التي يدخلها الثّبوت ولا يدخلها الحكم: إثبات الصفات في الذوات. وإثبات أسباب المطالبات. وحجج أسباب الاستحقاق. وإثبات أسباب الأحكام الشرعيّة.

المادة 301 – التّنفيذ هو تمكين الحقوق بأيدي مستحقّيها؛ والإلزام بالحبس وغيره.

المادة 302 – يلزم المنفّذ أن ينفّذ الحكم؛ ولو كان مذهبه مخالفا لما وقع الحكم به.

الفصل الثّاني
في خطاب القضاة – وفيه مباحث

المبحث الأوّل
في حقيقة الخطاب وأنواعه

المادة 303 – الخطاب هو إخبار قاض قاضيا آخر بما ثبت عنده؛ أو حكم به.

المادة 304 – الإنهاء بالمشافهة صحيح؛ على أصل المذهب في جواز تعدّد القضاة بالبلد الواحد، ويشترط في الاعتداد به، حلول كلّ من المنهيّ والمنهيّ إليه في محلّ ولايته. لكنّ العمل على قبول إنهاء القاضي بغير محلّ ولايته.

المادة 305 – الإنهاء بالإشهاد، أن يشهد القاضي عدلين بأنّه قضى بكذا؛ أو ثبت عنده كذا، لينهيا ذلك إلى قاض آخر. أو أن يكتب قاض إلى قاضي بلد آخر بما ثبت عنده من شهادة على رجل، أو حقّ أو بقضاء ويشهدهما على كتابه.

المادة 306 – إذا أشهد القاضي عدلين، وبعث معهما كتابه، من غير أن يقرأه عليهما، فالاعتماد على ما يشهدان به، لا على ما في الكتاب.

المادة 307 – يعتمد كتاب القاضي، إذا كان مختوما بختمه، ومكتوبا عليه بخطّ القاضي «ختم في تاريخه، أو في تاريخ كذا»، وكان مع الختم الإمضاء، ولا يكتفي بالختم وحده احتياطا.

المادة 308 – الخطاب على الرّسوم، يكون في سائر البيّنات الاسترعائيّة بكتابة هذه الجملة بخطّ القاضي، أو المفتي المخاطب «يكتب العمل» مع ختم تلك البيّنة بختم المخاطب. والخطاب في البيّنات الأصليّة، إن قصد به التّعريف بعدالة العدلين وانتصابهما للإشهاد؛ يكون بلفظ «ثبت لديَّ العدلان» مع ختمه تلك الحجّة. وإن قصد به الإعلام بصحّة الرّسم وسلامته من الرّيب، يكون بلفظ «ثبت لديَّ» والخطاب في نسخ الأحباس، يكون بختمها وكتابة «طوبق المقصود منه بأصله فتطابقا» أو «قوبل الفرع بأصله فتطابقا، وأعلم بذلك فلان القاضي أو المفتي» وفي نسخ رسوم غير الأحباس، يكون بختم النّسخة وكتابة «ثبت لديَّ» والخطاب في المضامين، يكون بختم المضمون وكتابة تاريخ الختم قبل وضع العدلين علامتهما.

المبحث الثّاني

في فائدة الإنهاء

المادة 309 - فائدة الإنهاء، بناء القاضي إجراءاته على ما تضمّنه الإنهاء. فإن كتب المنهيّ بثبوت شهادتهم، لم يأمر المنهيّ إليه بإعادة شهادتهم. ونظر في تعديلهم وإن كتب بتعديلهم وبقبوله إيّاهم؛ أعذر فيهم للمشهود عليه.

المبحث الثّالث

في العمل بالخطاب

إذا مات أو عزل المخاطب المنهيّ

أو المخاطب المنهيّ إليه

المادة 310 - إذا مات المخاطب (بالفتح) أو عزل قبل وصول الخطاب إليه أو بعده، وجب على من وُلّي مكانه إنفاذ الخطاب والعمل به.

المادة 311 — إذا مات المخاطب (بالكسر) أو عزل، يعمل بخطابه إذا كان مسجّلا بدفتر المحكمة.

الفصل الثّالث

في ضابط ما يفتقر للحكم

المادة 312 — يفتقر إلى حكم الحاكم، ما وجد فيه أحد أسباب ثلاثة:

1 - أن يكون ممّا يحتاج إلى نظر في تحرير سببه ومقدار مسبّبه.

2 - أن يكون ممّا لو فُوّض إلى جميع النّاس لأدّى إلى الاضطراب.

3 - أن يكون ممّا قوي فيه الخلاف، مع تعارض حقوق الله تعالى وحقوق العباد.

الفصل الرّابع
فيما يحصل به الحكم

المادة 313 – الحكم يحصل إمّا بقول أو فعل. فأمّا القول فكقوله حكمت بإمضاء العقد، أو فسخه. لكن يلزم أن يكون الحكم فيما تناوله الخصام والتّداعي، وإلاّ اعتبر اعتبار الفتوى. ولا يشترط في الحكم القوليّ أن يكون متعلّقه تغيير أمر عن حاله، بل لا فرق بين تغييره وتقريره. وأما الفعل فإنّه لا يفيد الحكم بطريق المطابقة، وإنّما يفيده بطريق الالتزام، إذا كان ذلك الفعل يتوقّف على إبطال شيء، فيفيد الفعل حينئذ، الحكم بإبطال ذلك الشّيء.

الفصل الخامس
في تصرّفات الحكّام التي ليست حكما
ولغيرهم من الحكّام تغييرها والنّظر فيها

المادة 314 – لا يعتبر من الحكم الذي لا يمكن نقضه ولا تغييره؛ تصرّف الحاكم بتولّيه عقد البيع أو عقد النّكاح، أو بإثباته صفة لشخص، أو بإثباته أسباب المطالبات؛ أو بإثباته الحجج، أو بإثباته أسباب الأحكام الشّرعيّة؛ أو بجزمه وتصريحه بالوجوب أو النّدب أو الإباحة أو الكراهة أو التّحريم، أو بنصبه للكتّاب والقسّام والمترجمين والأمناء في أموال الغائبين والقاصرين.

الفصل السّادس
في بيان المواضع التي يكون فيها الحكم جزئيّا
والمواضع التي يكون الحكم فيها كليّا

المادة 315 – كلّ حكم فهو جزئيّ، لا يتناول غير المتداعيين. إلاّ الحكم بالتّصفيق والحكم بالصّحة والحكم بالفساد.

الفصل السّابع
في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا أو تضمّنا

المادة 316 – لا يدخل العبادات الحكم بالصحّة ولا بالموجب؛ لا بطريق الاستقلال؛ ولا بطريق التضمّن. ويدخل الصّيد والأطعمة والأيمان والجهاد، الحكم استقلالا.

المادة 317 – يدخل النّكاح وتوابعه وسائر المعاملات الحكم بالصّحة؛ والحكم بالموجب.

المادة 318 – ليس الحكم بمقتضى البيّنة حكما بصحّتها؛ حتى لا يمكن الطّعن فيها، إذا احتج بها في غير ما حكم به.

الفصل الثّامن
في معنى الحكم بالصّحة والحكم بالموجب والحكم المختلف فيه وبالمختلف فيه

المادة 319 – الحكم بالصحّة، عبارة عن قضاء القاضي بصدور ذلك العقد من أهله في محلّه على الوجه المعتبر شرعا. والمراد بالصحّة في العقود ترتّب آثار الشّيء عليه.

المادة 320 – الحكم بالصّحة يستدعي ثلاثة أشياء: أهليّة التصرّف، وصحّة الصيغة– فيما يشترط فيه صيغة خاصّة–، وكون التصرّف في محلّه.

المادة 321 – الحكم بالموجب؛ هو الحكم بمقتضى الصّيغة عند الحاكم. ويلزم فيه ثبوت أهليّة التصرّف، وصحّة الصّيغة.

المادة 322 – لا يعتبر الحكم بالموجب إلاّ إذا وقع التّنازع فيه عند الحاكم، وأن يكون لازما للعقد لا ينفكّ عنه؛ بحيث إذا وجد العقد وجد الموجب.

المادة 323 – الاعتماد على كون الصّادر من القاضي الأوّل حكما أو ليس حكما، إنّما هو على ما يراه القاضي الثّاني المترافع لديه.

المادة 324 – الحكم بشيء مختلف فيه بين المذاهب يرفع الخلاف. ولا يجوز لمن لا يراه نقضه.

المادة 325 – الحكم المختلف فيه لا يرفع الخلاف. ولمن لا يراه حكما أن يحكم بضدّه.

المادة 326 – الحكم الضّمني عند الحنفيّة؛ (وهو ما يدخل القضاء فيه ضمنا لا قصدا؛ ولا يشترط فيه تقدّم دعوى ولا خصومة) لا يعتبر حكما عند المالكيّة. فهو من باب الحكم المختلف فيه؛ الذي لا يرفع الخلاف. ويجوز للمالكيّ الحكم بضدّه.

المادة 327 – الحكم الفعليّ عند الحنفيّة؛ (وهو عبارة عن فعل القاضي. ولا يشترط فيه تقدّم دعوى ولا خصومة) لا يعتبر حكما عند المالكيّة. فهو من الحكم المختلف فيه الذي لا يرفع الخلاف. ولا يمنع المالكيّ من تغييره وإبطاله.

الفصل التّاسع

في الأحكام التي يجوز تعقّبها والتي لا يجوز تعقّبها، وفي التّحجير المقبول وغير المقبول وفي التّخصيص في القضاء وفي الاشتراط فيه.

المادة 328 – يجوز تعقّب أحكام العدل المقلّد. فما ألقي صوابا أقرّ. وما ألقي خطأ نقض. لا فرق في ذلك بين قاضي الحاضرة وغيرها، باعتبار أصل الفقه. لكن جرت

التّراتيب بأنّ أحكام قضاة الآفاق يجوز تعقّبها بإطلاق، أما قاضي الحاضرة فلا تتعقّب أحكامه؛ إلاّ إذا صدر إذن من الأمير بتعقّبها[149].

المادة 329 – ينقض قضاء القاضي متى خالف المشهور وما به العمل.

المادة 330 – لا يقبل التّحجير في الاستقلال بالقضاء.

المادة 331 – لا يضرّ التّحجير على القاضي في النّظر في بعض أنواع القضايا والحكم فيها.

المادة 332 – يجوز تخصيص القاضي بالحكم في نوع من أنواع القضايا، كأحكام النّكاح ومتعلّقاته، واستحقاق العقّار.

المادة 333 – يجوز أن يشترط على القاضي أن لا يحكم إلاّ بمذهب معيّن. ويلزم المقلّد أن لا يحكم إلاّ بمشهور مذهب إمامه، وما به حكم قضاة أهل بلده المشهورون بالعلم والعدالة.

---

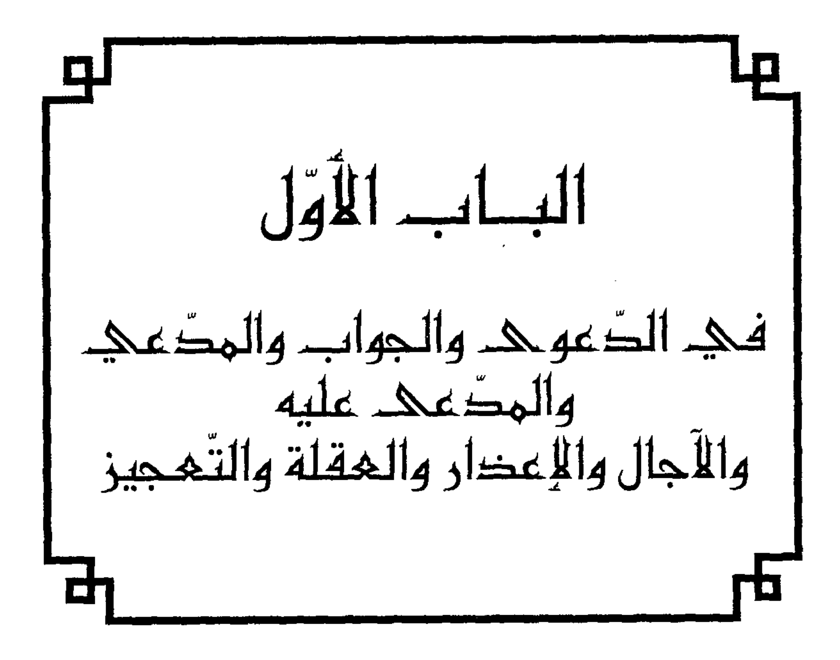
[149] العمل بما ذكر، كان قبل صدور المجلّة الشّرعيّة للمرافعات، وصار الأمر بعد صدورها، تعقّب الأحكام الصّادرة من قاضي الحاضرة إن كانت فرديّة؛ أما إذا كانت مجلسيّة فتقبل أحكامها التّعقيب فيما لا تعجيز فيه شرعا، أما ما فيه تعجيز فيتوقّف قبول تعقيبها على صدور إذن عليّ بذلك، بسعي من محكمة التّعقيب. (انظر نصّ المجلّة في الملاحق).

مقدّمة الطّبعة الأولى

بسم الله الرحمان الرحيم

تبارك من استأثر بالقضاء. وأنعم على الإنسان بمختلف الآلاء، والصلاة والسلام على من أحيى القلوب بالهدى والحكمة، وعلى آله وصحبه نجوم الملّة وهداة الأمّة. أما بعد فهذه فقرات قيّمة، وشذرات منظّمة محكمة. تجمع من علم القضاء أشتاتا. وتحيي منه ما كان مواتا. وتسقي المتعطّشين إليه عذبا فراتا. وتكون لما جرى به العمل التّونسي في الأوضاع الحكميّة والقضايا الفقهيّة كفاتا[150]. حدا بي إلى جمعها وتهذيبها. وإحكام ترصيفها وتبويبها. اشتمال الكتب المؤلّفة فيه على ما بقي حيّا وما عاد رفاتا. حتى أضاع على مبتغي التمييز بين الزّيف والإبريز أوقاتا. وجعل مرتاد حقوله الخصبة وإن أبعد النّجعة كأنّه مسّنت أسناتا. وقد حصرتها في ثلاثة أبواب والله المسؤول أن يعصمنا من الخطأ والخطل في القول والعمل. وأن يفجّر منها ينابيع نفع سائغة. ويكسوها من القبول حللا سابغة. إنّه قدير وبالإجابة جدير.

[150] الكفات : الموضع يضّم ويجمع فيه الشّيء.



الباب الأوّل

في الدّعوى والجواب والمدّعي والمدّعى عليه والآجال والإعذار والعقلة والتّعجيز



وفيه فصول:

الفصل الأوّل في الدّعوى

وفيه سبعة مطالب :

1 - حقيقتها ومعناها 2 - وكيفيّة القيام بها 3 - وصفة القائم بها 4 - وصحّتها المقتضية استدعاء المطلوب للجواب عنها 5 - وما يلزم اشتمالها عليه إذا سأله المطلوب 6 - وما يترتّب على القول بتبعيضها 7 - وما يسقطها.

المطلب الأوّل في حقيقة الدّعوى

حقيقة الدّعوى طلب معيّن أو ما في ذمّة معيّن أو ما يترتّب عليه أحدهما. فطلب المعيّن كدعوى أنّ هذه الدار اشتراها أو غصبت منه. وطلب ما في ذمّة المعيّن كدعوى المرأة أنّ بذمّة زوجها ألفا من جهة صداق أو نفقة. ثم المعيّن الذي يدّعى في ذمّته قد يكون معيّنا بالشخص كزيد أو بالصّفة كدعوى الديّة على العاقلة والقتل على جماعة، أو أنّهم أتلفوا له متموّلا. وطلب ما يترتّب عليه معيّن كدعوى المرأة الطّلاق أو الردّة على زوجها فيترتّب عليها حوز نفسها؛ وهي معيّنة. ودعوى الوارث أنّ مورثه مات مسلما فيترتّب عليه الميراث المعيّن. وطلب ما يترتّب عليه ما في ذمّة معيّن كالمطلّقة تدّعي المسيس وينكره الزّوج، فإنّ المسيس يترتّب عليه استحقاق كامل الصّداق وهو في الذمّة.

المطلب الثّاني في كيفيّة القيام بالدّعوى يقدّم الطّلب للقاضي في ورق

معتاد كتابة[151] يبيّن بها موضوع الدّعوى وحاصلها. ليكون القاضي على بصيرة مما اشتملت عليه الدّعوى من الفصول، ولأيّ باب ترجع من الأصول وهل هي من مشمولات أنظاره بمقتضى التّراتيب، وهذا المقال الذي يكتبه العدول. فهو من وادي

[151] يوقّع القاضي على الشّكاية أنّها من النّوازل الشّخصيّة إذا كان موضوعها طلب نفقة أو حضانة، أو ثبوت نكاح أو طلاق أو طلب فكّ العصمة لإضرار أو إيلاء ولم يفئ، أو طلب فسخ نكاح لفساده بفوات ركن أو شرط أو حصول مانع، كحرمة المرأة برضاع أو صهر أو بكونها في عدّة وفاة أو طلاق. وبالجملة فالدّعاوي المتعلّقة بالنّكاح والطّلاق والرّجعة والرّضاع، والإيلاء والظّهار واللّعان والحضانة والنّفقة والإرث والاستلحاق والتّعصيب والولاء، يوقّع القاضي عليها أنّها من النّوازل الشّخصيّة. ويوقّع القاضي على الشّكاية أنّها من النّوازل الاستحقاقيّة إذا كانت الدّعوى في وصيّة أو متعلّقة بعقّار سواء أكانت الدّعوى في غصب أو شفعة أو ثبوت هبة أو صحّتها أو فسادها أو اعتصارها، أو ثبوت وقف أو صحّته أو فساده؛ أم كان في غير ذلك مما يوجب نقل الملك أو طلب إيجاد رسم عوض رسم ضلّ.
ووقع التّقييد بالعقّار وهو الأرض وما اتّصل بها من بناء أو شجر. لأن الدّعوى في المنقولات خارجة عن أنظار المحاكم الشّرعيّة بمقتضى التّراتيب، إلا ما كان منها متعلّقا بالموارث أو كان بين الزّوجة أو كان بين المتراكنين بعد المراكنة من الهدايا والأملاك. فإنّها من أنظار المحاكم الشرعيّة. ثم العقّار الذي يكون الخصام في استحقاقه من أنظار المحاكم الشّرعيّة يشترط فيه أن لا يكون مسجّلا بدفتر خانة الأملاك العقاريّة، ولا مطلوبا تسجيله قبل وقوع المقال في المحكمة الشّرعيّة وإلا كان خارجا عن أنظارها، وهذا كلّه في التّسجيل النّهائي. وأما التّسجيل المستعجل المعبّر عنه بالكداستر فإنّه لا يخرج النّازلة عن نظر المحاكم الشرعيّة. ويشترط في كون العقّار من أنظار المحاكم الشّرعيّة أيضا أن لا يكون من الأرضين المشتركة الانتفاع، ولا من الأرضين المعتبرة دوائر عسكريّة، وإلا كان الحكم فيها خارجا عن أنظارها. وقد جاءت مجلة المرافعات الشرعيّة مفصّلة لما هو من خصائص المحاكم الشرعيّة في المادة الأولى منها. كما تضمّنت المادة السادسة منها بيان القضايا الشخصيّة والقضايا الاستحقاقيّة (انظر الملاحق).
وبعد الاطّلاع على الشّكاية والتّوقيع عليها يحيلها القاضي على دائرة العدول، ليحضر الطّالب لديهم ويقيّدوا عليه مقالا شرعيّا ويشهدوا عليه بما تضمّنه، حتى لا ينكر شيئا مما تضمّنه مقاله فيما بعد يوجب مؤاخذته أو سقوط دعواه.
واقتضت التّراتيب أنّ القاضي لا يحيل الدّعوى على دائرة العدول لكتب المقال، إلا بعد أن يحيل الشّكاية على كاتب مكلّف بإعطاء ورقة خاصّة مبيّن بها نوع النّازلة، يسلّمها للطالب ليذهب بها إلى إدارة التّسجيل، ويدفع معلوما يختلف باعتبار كون النّازلة شخصيّة أو استحقاقيّة، ويتسلّم من إدارة التّسجيل ورقة تتضمّن دفع المعلوم، وبتقديمها إلى القاضي يمكنه أن ينظر في القضية ويحيل النّازلة إلى دائرة العدول لكتب المقال، وتوضع هذه الورقة بملفّ النّازلة. فإن ادّعى الطّالب العجز عن دفع المعلوم كلّف بإثبات العجز، ويكفي في ذلك شهادة شيخ الحومة (المحرّك) بالحاضرة وشهادة شيخ التراب بغيرها. وعند الإدلاء بهذه الشّهادة يكتب القاضي على الشكاية ما نصّه «يمنح الإعانة العدليّة» وحينئذ يعفى الطّالب من دفع المعلوم وتسلّم له ورقة من إدارة التّسجيل تتضمّن أنه منح الإعانة العدليّة. فإذا وقع الحكم للطّالب حمل المعلوم على المحكوم عليه في جملة المصاريف. وهذا كلّه في الأمور المستعجلة كالنّفقة والحضانة والمعاشرة. وأما النّوازل الاستحقاقيّة فيلزم فيها مكاتبة الوزارة العدليّة في منح الطالب الإعانة العدليّة ويقع جمع مجلس في الوزارة العدليّة للنّظر في تخويل الطّالب الإعانة المذكورة، وعندما يرى المجلس إسعافه بذلك تكاتب الوزارة العدليّة القاضي في الإعلام بذلك، وحينئذ ينظر في القضيّة وربما استغرق جمع المجلس لإجابة الطالب إلى منح الإعانة أشهرا كثيرة. ودفع المعلوم عن النّوازل سمح بإعفاء الخصوم من التكاليف المالية التي كانوا يتحمّلون عبأها في أجور الأعوان لتبليغ الأذون، وأجور العدول لكتابة المقالات والأجوبة وتحاريرها، وإقامة البيّنات وأخذ النّسخ وكتب الآجال والإعذار وتلخيص الحجج وكتب الأحكام إذ صار جميع ذلك مجابا مكتوبا في ورق معتاد غير متنبر، وتولّت الحكومة دفع أجور للأعوان والشّهود وكتاب المحاكم ودفع أثمان ما يلزم من الأوراق والدّفاتر.

ما قصده الزّقّاق[152] بقوله في لاميّته :

ولتأمر بتقييد غـامض ❁ لتسأل عنه أو لأن تتـأمّلا

فقد قال فيه ميارة[153] والتّاودي[154] وليست هذه المسألة المشار إليها بقول التّحفة[155]:

والكتب يقتضي عليه المدّعي ❁ من خصمه الجواب توقيفا دعي

لأنّ ذلك فيما بين الخصمين وما هنا فيما يفعله القاضي فيما صعب عليه من الدّعوى.

المطلب الثّالث في صفة القائم بالدّعوى

يلزم فيما ليس حقّ الله أن يكون القائم بالدّعوى صاحب الحقّ أو وكيله أو ناظره من أب أو وصي أو مقدّم قاض.

فإذا كان القائم صاحب الحق نفسه لم يشترط فيه الرّشد، فللصّبي والسّفيه أن يقوما بطلب حقوقهما البدنيّة والماليّة، وإنّما الممنوع تمكينهما من المال. ففي المتيطّية[156] قال غير واحد للسّفيه طلب حقوقه حضر وصيّه أو غاب: والخصومة فيها وليس له أن

[152] هو علي بن قاسم بن محمد التّجيبي شهر الزّقّاق. أخذ عن القوري من شيوخ فاس وعن الموّاق من شيوخ الأندلس. وتوفي سنة 912.

[153] هو محمد بن أحمد ميارة، له تآليف عديدة رزق فيها القبول، من أشهرها شرحان على المرشد المعين وشرح التّحفة وشرح لاميّة الزّقّاق وتذييل المنهج المنتخب وشرحه. مولده سنة 999 وتوفي سنة 1072.

[154] هو محمد التّاودي بن محمد الطالب بن سودة المرّي الفاسي، كان مشهورا بسعة العلم له تآليف قيّمة منها شرح التّحفة وشرح لاميّة الزّقّاق وحاشية على شرح عبد الباقي الزرقاني للمختصر الخليلي، وحاشية على صحيح البخاري وفتاوى. مولده سنة 1111 وتوفي سنة 1209.

[155] صاحب التّحفة هو أبو بكر بن محمد بن عاصم. أخذ عن الأستاذ أبي سعيد بن لبّ والقيجاطي والشاطبي وابن علاّق وابن جزي. وتولّى القضاء بمدينة وادي ءاش سنة 820 وقضاء غرناطة سنة 824 مولده عام 760 وتوفي سنة 829.

[156] صاحب المتيطيّة هو القاضي علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري يعرف بالمتّيطي السّبتي الفاسي. له كتاب كبير سمّاه «النّهاية والتّمام في معرفة الوثائق والأحكام» وهو المعروف بالمتّيطية. اختصرها أعلام من أشهرهم ابن هارون. توفي سنة 570.

يوكّل على طلبها. وقال ابن بقي[157] وغيره له أن يوكّل كما له أن يطلب وبه مضى العمل، اهـ.[158] انظر شرّاح التّحفة عند قولها "يجوز توكيل لمن تصرّفا" البيت[159].

وإذا كان وكيلا[160] افتقر في قبوله أن يجعل له الإقرار[161] إلا إذا كان وكيلا عن الوصيّ في حقّ محجوره أو وكيلا عن المحجور فلا يجعل له الإقرار لأنّ الإقرار عن المحجور غير نافذ، قاله ابن سهل[162] وخطّأ ابن الهندي[163] حيث ذكر في مثل

---

[157] هو أحمد بن بقّي بن مخلد. قاضي الجماعة. تولّى القضاء بقرطبة سنة 317 وتوفي سنة 324.

[158] نظم هذا العمل صاحب العمليّات العامّة فقال :

وجاز للسّفيه أن يوكّـــــلا ❁ شخصا له يطلب حقّا مهملا
حضر أو غاب الوصي كما له ❁ هو الخصام ليحقّ ما لـــــه

انظر شرحها صفحة 263.

[159] يجوز توكيل لمن تصرّفـا ❁ في ماله لمن بذاك اتّصــــــفا

[160] اقتضت التّراتيب أن لا يقبل القاضي من الوكلاء لمرافعة الخصم إلا من كان من الوكلاء الرّسميين (أي الذين رخصت لهم الحكومة في المرافعة عن الخصوم لدى سائر المحاكم) أو وكلاء المحاكم الشرعيّة خاصّة. ولا فرق في الوكيل بين المسلم وغيره بناء على أنّ وكالة الخصام ليس فيها تصرّف مالي، فهي كالتّوكيل على دفع هبة. كما اقتضت التّراتيب أنّ وكلاء محاكم الآفاق لا يقبلون في المرافعة إلا في المحاكم المعيّنين بها. وتعيين وكلاء المحكمة الشرعيّة يكون برخصة من الوزارة العدليّة مع بيان المحكمة التي له الرّخصة في المرافعة لديها. أما الوكلاء الرسميّون وهم المحصّلون على شهادة الحقوق فالتّرخيص لهم في المرافعة بأمر عليّ.

[161] نظمه صاحب العمليّات العامة فقال :

ولازم لكلّ من قد وكّلا ❁ على خصام غيره أن يجعلا
الإقرار والإنكار للوكيل ❁ وهو من تتمّة التّوكيل
إلا وصيا عن يتيمه فلا ❁ يقرّ لا هو ولا من وكّلا
نعم يقر في الذي تولّى ❁ فيه المعاملة ليس إلا

انظر شرحها صفحة 259 – 260 الطّبعة التونسيّة.

[162] هو القاضي أبو الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي القرطبي. له كتاب الإعلام بنوازل الأحكام. مولده سنة 413 وتوفي سنة 416.

[163] هو أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني المعروف بابن الهندي. من فقهاء الأندلس العارفين بالشّروط والأحكام. مولده سنة 320 وتوفي سنة 399؟

هذه الوكالة الإقرار، وقال الشيخ ابن الطاهر[164] في حاشيته على التّاودي ما نصّه : "وعملنا اليوم فيما شاهدناه من محقّقي القضاة والمفتين، أنّ الوصيّ إذا وكّل في حقّ محجوره يجعل له الإقرار والإنكار كمقدّم القاضي ويمضون له ذلك. اهـ ذكره في قول التّحفة

والنّقص للإقرار والإنكار من ❁ توكيل الاختصام بالردّ قمن

وما ذكره غريب لم يذكره ابن ناجي[165] ولا الشّيخ عظوم[166] في برنامجه ولا الشّيخ حسن الشّريف[167] وعملنا اليوم جار على ما لابن سهل.

وإذا جعل الإقرار للوكيل عمل بإقراره فيما يرجع للخصومة لا فيما كان خارجا عنها.

ومتى وقع التّوكيل لشخص على الخصام فليس للموكّل عزله إذا أشرفت النّازلة على الحكم، أو قاعد الوكيل الخصم ثلاثا إلاّ أن يرضى خصمه، أو يظهر منه

---

[164] هو أحمد بن الطّاهر اللطيّف «بالتّصغير» من فقهاء تونس وفضلائهم. نسخ كثيرا من الكتب الفقهيّة كفائق ابن راشد والبيان والتّحصيل. واشتغل بالتّوثيق وتولّى قضاء المحلّة ثم صرف عن القضاء والشّهادة ولزم بيته. له حاشية على شرح التّاودي في جزئين وتوجد بخزائن جامع الزّيتونة نسخة منها بخطّه. وشرح على السمرقنديّة، توفي سنة 1273

[165] هو قاسم بن عيسى بن ناجي التّنوخي القيرواني. أخذ عن البرزلي والغبريني ومن في طبقتهما وعن ابن عرفة ويرمز إليه في كتبه ببعض شيوخنا. تولّى القضاء بجهات كثيرة كباجة وجربة وقابس وسوسة والمنستير والقيروان، شرح الرّسالة والجلاّب وتهذيب البرادعي شرحين كبيرا وصغيرا. توفي بالقيروان سنة 838.

[166] هو أبو الفضل قاسم ابن الشيخ محمد مرزوق ابن الشيخ عبد الجليل ابن الشيخ محمد عظوم القيرواني. من بيت اشتهر بالعلم في القيروان. كان من عدول تونس ثم تولّى الفتيا. له تآليف مفيدة منها برنامج الشّوارد لشامل بهرام تضمّن كثيرا من المسائل وما به العمل في تونس والقيروان، وهو من الكتب التي يعتمدها القضاة والمفتون بتونس، وله أجوبة في أجزاء كثيرة فيها من الإطناب الكثير ما هو غير محتاج إليه. أتمّ البرنامج سنة 983 وكان حيا سنة 1009.

[167] هو الشيخ حسن ابن سيدي عبد الكبير الشّريف. جمع بين شرفي العلم والنّسب، وتولّى إمامة جامع الزّيتونة ثم تولّى الفتيا سنة 1230 –من تلاميذه الشيخ إبراهيم الرياحي. له حاشية على القطر وحاشية على شرح ميارة للامية الزّقّاق ومعين المفتي. وعاقه الأجل عن إتمامه توفي سنة 1234.

تقصير أو خيانة أو يتبيّن عذر كمرض أو سفر، ويقبل قول قاضي الحاضرة في مقاعدة الوكيل الخصم ثلاثا، بخلاف غيره من قضاة الآفاق فيلزم في ذلك الثّبوت بوجود آثار ذلك، كوجود ثلاث مرافعات في دفتر المحكمة أو وجود ما ينشأ عن المقاعدة من التّحريرات والآجال ونحوها.

وإذا وقع توكيل صرّح فيه بالمخاصة لدى الحاكم فلان، فليس للوكيل التكلّم عند حاكم غيره أما إذا كان التّوكيل مجملا فله أن يخاصم عنه حيث شاء، قاله في التبصرة[168] صفحة 120 من الجزء الأوّل.

وإذا وكّله على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بشيء إلا بعد سنتين، أو أنشب الخصومة قبل ذلك، ثم أتى بالبيّنة بعد هذه المدّة. فإن وقع في وكالته أنّها دائمة مستمرّة بقي على الوكالة ومكّن من المخاصمة ولا ينعزل عن الوكالة إلاّ بنصّ صريح. وإن لم يقع التّقييد بذلك فقال سحنون[169] : يبعث الحاكم إلى الموكّل ليسأله أهو على وكالته. ونقل ابن سهل أنّ بعض شيوخه كان يستكثر الإمساك عن الخصومة ستّة أشهر ونحوها، ويرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة. وقال ابن المناصف[170] : "إذا خاصم واتّصل خصامه وطال سنين فهو على وكالته" . اهـ. من التّبصرة صفحة 124 من الجزء الأول. والقول بالتّجديد جرى به عمل فاس كما في المجالس المكناسيّة.

---

[168] صاحب التّبصرة هو إبراهيم بن فرحون قاضي المدينة المنوّرة. له تآليف كثيرة من أحسنها التّبصرة والدّيباج. توفي سنة 799.

[169] هو عبد السّلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنّوخي القيرواني. أخذ عن كثير من أصحاب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه. وانتهت إليه الرئاسة في العلم ومدوّنته عليها الاعتماد في المذهب، تولّى قضاء القيروان في عهد محمد بن الأغلب سنة 234 وتوفّي وهو يتولاّه في رجب سنة 240.و مولده سنة 160هـ

[170] هو الحسن ابن أبي الحسن عيسى ابن أصبغ المعروف بابن المناصف. روى عن ابن عتاب وسمع منه المدوّنة. مولده سنة 502 وتوفي 580 (وهو أندلسي).

وقول سحنون أفتى به ابن مرزوق[171] وهو الجاري على الأصول، لأنّ المسألة ترجع إلى العمل بالاستصحاب وكون الشّك في المانع غير مؤثّر. ولم أعلم أنّ أحدا من التونسيين نصّ على أنّ العمل التّونسي موافق لعمل فاس، فينبغي اعتماد ما لسحنون. وإذا وكّل على الخصام فخاصم عنه في قضيّة وأنقضت تلك القضيّة وأراد الوكيل أن يخاصم عنه في غيرها، فإن كان بقرب الخصام الأوّل كان له ذلك إن كانت الوكالة مبهمة لم يذكر فيها أنّه وكّله على مخاصمة فلان، أو في أمر كذا وكذا إذا اتّصل بعض ذلك ببعض أو كان بينهما الأيّام. وإن تطاول ذلك سنين، والموكّل غائب لم يحتج إلى تجديد التّوكيل إذا لم يقصر على مطلب سمّاه كما قدّمنا. فأما إذا أقصره على مطلب معيّن وكان بين المطلبين الأشهر، فليس له أن يخاصم عنه إلا فيما وكّله فيه. ويستحسن في مثل هذا أن يجدّد له التّوكيل وحينئذ يتكلّم عنه. اهـ. من التّبصرة صفحة 125 من الجزء الأول.

وليس للوكيل أن يوكّل غيره إلاّ إذا جعل له توكيل الغير أو كان وكيلا مفوّضا على الرّاجح. لكن العمل بتونس[172] على أن لا يوكّل المفوّض إلاّ بالنّص عليه؛ حكاه ابن ناجي. ومثله في خامسة نكاح الحاوي[173] ونقله صاحب البرنامج في مبحث الوكالة، والشيخ حسن الشريف في حاشية الزّقاقيّة.

---

[171] هو محمد بن أحمد ابن الخطيب محمد بن مرزوق. صاحب الأجوبة والفتاوى النّفيسة في أنواع من العلم والتآليف المتعة الجيّدة، منها شرح البردة واغتنام الفرصة في محادثة عالم قفصة واختصار الحاوي في الفتاوي وشرح علي مختصر خليل لم يكمّل. شرحه من أوّله ومن كتاب القضاء. مولده سنة 766 وتوفي سنة 842 و(هو جزائري).

[172] نظمه صاحب العمليّات العامّة فقال:

لكن أهل القيروان عملوا ❁ بأن ذا التّفويض لا يوكل

[173] الحاوي في الفتاوي كتاب لأبي القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني ثم التّونسي. أخذ عن ابن عرفة ولازمه نحو أربعين سنة. وأحمد بن حيدرة التّوزري وغيرهما. وأخذ عنه ابن ناجي وحلولو والرصّاع ومحمد بن أحمد عظوم وابن مرزوق الحفيد والأخوان القلشانيّان. توفي سنة 843 أو سنة 844 أو سنة 848 وعمره 103 سنوات.

وليس للإنسان أن يسند الوكالة في قضّية واحدة إلى وكلاء متعدّدين، لأنّ الأصل مباشرة الإنسان الخصام بنفسه، لكن جعل له توكيل الغير لاحتمال أنّ به عذرا يمنعه من الخصام،كعجز أو كثرة أشغال أو وجل. وهذه الأعذار تندفع بتوكيل الواحد. فإن أسند الوكالة إلى جماعة متعدّدة أمره القاضي أن يختار منهم واحد يقتصر عليه في مرافعة الخصم إن لم يكن أحدهم قاعد الخصم ثلاثا، وإلاّ تعيّن من تكرّرت مرافعته ثلاثا لإتمام النّازلة.

وإذا كان القائم ناظرا في حقّ منظوره أيّا كان أو وصيّا أو مقدّم قاض، كان له الخصام في حقّ منظوره سواء أكان الحجر لسفه أو صغر. بيد أنّ الحجر للسّفه يمنع النّاظر من الخصام في غير الحقوق الماليّة. وإذا كان للنّاظر محجورون متعدّدون عيّن النّاظر المنظور المترافع في حقّه وسمّاه؛ ولا يطالب بأكثر من ذلك كما صرّح به عياض[174]، في جواب له نقله صاحب المعيار[175] في الجزء العاشر صفحة 171 من الطبعة الفاسيّة.

وليس للنّاظر الدّعوى في حقّ السّفيه في غير المال[176] كالدّعوى على الزّوج أنّه يضرّ بزوجه؛ وكطلب معاشرته لها؛ أو طلب بنائه بها؛ إلاّ بتوكيل خاص من السّفيه؛ كما في التّبصرة صفحة 114 من الجزء الأول. فإن قيل طلب البناء يؤول إلى الحقوق الماليّة لوجوب الإنفاق على الزّوج بالدّعاء إلى الدّخول، وإذا أسقطت نفقتها عن

[174] هو أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن محمد اليحصبي السّبتي الدّار والميلاد الأندلسيّ الأصل. تولّى قضاء سبتة وغرناطة. له التّصانيف المفيدة البديعة من أشهرها كتاب الشّفاء وإكمال المعلم في شرح صحيح مسلم ومشارق الأنوار وترتيب المدارك. مولده سنة 469 وتوفي بمراكش سنة 544.

[175] هو أحمد بن يحي بن محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي صاحب التآليف الكثيرة، وقد أتمّ المعيار سنة 900 ومن تآليفه الفائق في الوثائق، توفي سنة 914.

[176] نظمه صاحب العمليّات العامّة فقال :

ولا يقوم عن سفيهة أب ❁ فدون، حقا بدنيّا يطلب
كضرر الزّوج بلا وكالة ❁ لأنّ للسفيهة احتماله

نفسها بالدّعاء إلى الدّخول فكيف لا يكون للنّاظر طلبه؛ قلنا للمحجورة أن تسقط نفقتها على الزّوج لتبقى في عصمته، ومن حجّتها أنّ طلاقها يفضي إلى أن تعول نفسها مع فوات ما ترغب من بقائها في عصمة هذا الزّوج. ففي المعيار من جواب ابن لبابة[177] وغيره فيمن قام على ابنته يطلب كالئها من زوجها، والزّوج يقول إنّ زوجتي لا تطالبني؛ قال نزلت عند القاضي محمد ين مسلمة فقال له الشّيوخ لا يجوز التكلّم عنه إلاّ بوكالة. وكان مضى لبناء الزّوج بها ثمان سنين، وقال ابن لبابة هذا الذي أذهب إليه وأفتي به إذا مضى لها مثل هذه المدّة. وأجاب أبو محمد عبد القادر إن رضيت بالطّلب فله ذلك وإن كرهت لم يكن له ذلك،لأنّ ذلك يؤدّي إلى فساد حال الزّوجين وإمّا له النّظر فيما يؤدّي إلى الصّلاح في حالهما؛ إلاّ أن يكون الزّوج ظهر منه تنافر وإتلاف، بحيث يعلم أنّه إن لم يطلب به يتلف الكالئ ولا يوجد ما يؤخذ منه إن طلب به يوما ما؛ فيكون له أخذه وإن كرهت. اهـ. وقال بعض الأندلسيّين إنّ للمحجورة الرّضى بأن يكون زوجها في منزلها مجّانا وأن تنفق على نفسها لمصلحتها، بأن تفعل ذلك رغبة ومخافة طلاقها ولغبطتها به، وإنّه إن طلّقها بقيت بدارها وتنفق على نفسها وتفقد ما ترغبه من زوجها. وبه أفتى ابن عتاب[178] عياض، وبه قال شيخنا هشام بن أحمد[179] والقاضي ابن حمديس[180]وهو الذي

[177] هو محمد بن عمر بن لبابة القرطبي الإمام المشاور. انفرد بالفتوى بعد أيوب بن سليمان، ودارت عليه الأحكام نحو ستين سنة. توفّي في شعبان سنة 314 وسنة ثمان وثمانون.

[178] هو محمد بن عبد الله بن عتاب القرطبي شيخ المفتين بها. تفقّه بابن النّجار وابن أبي الأصبغ وابن بشير؛ صحبه اثني عشر عاما وكتب له في مدّة قضائه. أخذ عنه ابن سهل وأبو جعفر بن رزق. مولده سنة 383 وتوفي سنة 462.

[179] هو هشام بن أحمد بن هشام الهلالي يكنّى أبا الوليد، من أهل غرناطة وولّي قضاءها. مولود سنة 444 وتوفي سنة 533.

[180] هو قاضي قرطبة النّاقم على إحياء الغزالي وما ورد فيه؛ حتى كفّر مؤلّفه وأغرى السّلطان بإحراقه واستشهد فقهاءه فأفتى هو وهم بذلك؛ فأمر علي بن يوسف بن تاشفين فأحرق بباب قرطبة. وكان تاريخ هذا الإحراق سنة 507.

يوجبه النّظر. ووافقهم الشّعبي[181] في إسكان زوجها دون الإنفاق. اهـ.

وينبغي أن يتفطّن إلى أنّ المسألة في بنت محجورة. ولعلّها جدّد عليها الحجر إثر البناء؛ لأنّ المكث ثمان سنين في بيت الزّوج يوجب إنطلاقها من ولاية أبيها إن لم يكن جدّد الحجر عليها. ومراد ابن لبابة بقوله إذا مضى لها مثل هذه المدّة هو أنّ مرور هذه المدّة يحقّق الألفة والمعاشرة بين الزّوجين وتعلّق كل بصاحبه؛ فلا يمكّن الأب من إثارة ما يفسد تلك العلائق. وتعرّض للمسألة شارح[182] العمليّات الفاسيّة عند قول ناظمها[183].

وبرضاها يطلب الكالئ لا ❁ إن كرهت ما لم يخف نفي الملا

وفي التّبصرة الفرحونيّة صفحة 116 من الجزء الأول: "ليس للأب القيام بطلب تطليق ابنته البكر بعدم النّفقة إلاّ بتوكيل منها". اهـ.

وللأب الواجب عليه نفقة ابنته لفقرها، أن يطلب من الزّوج البناء ليسقط عن نفسه الإنفاق.

ولا يقبل القاضي الخصام في حقّ الغائب من غير وكالة. هذا الذي جرى به العمل التّونسي من أقوال في المسألة، نقلها شرّاح التّحفة عند قولها "وغائب ينوب في ا لقيام" البيتين. ونقل حكاية هذا العمل عن الشيخ الشّاذلي بن صالح[184] كبير أهل الشّورى. ويؤيّده قول البرزلي في الخامسة والثمانين من أقضيته؛ ظاهر قسمة المدوّنة

---

[181] هو أبو المطرّف عبد الرحمن بن قاسم الشّعبي المالقي. كان عالما بالنّوازل والأحكام وانفرد في بلده برئاسة الفتوى نحوا من ستّين سنة. له فتاوى في غاية الجودة. مولده سنة 402 وتوفي في رجب سنة 497.

[182] شارح العمليّات الفاسيّة هو أبو عبد الله محمد بن قاسم السّلجماسي. وقد شرحها شرحا مطنبا يدّل على ما لصاحبه من طول باع وسعة اطّلاع.

[183] ناظم العمليّات الفاسية هو أبو زيد عبد الرحمان الفاسي ابن الشيخ عبد القادر الفاسي، من البيت الفاسي المشهور بالعلم والفضل. توفي سنة 1096.

[184] هو محمد الشاذلي بن الشيخ عثمان بن صالح. من ذوي الرّسوخ والاضطلاع في العلوم بتونس وبالأخصّ الفقه المالكيّ. له رسائل محرّرة وفتاوى كثيرة. تولّى القضاء بباردو ثم الفتيا سنة 1277 ثم رئاسة المفتين، ثم صرف عنها سنة 1302 توفي سنة 1308.

يقام له بلا وكالة؛ والذي به العمل أن لا يقام له ولو من قريب القرابة. انظر برنامج الشوارد للشيخ عظوم قبيل مبحث الشّهادات.

الدّعوى فيما فيه حقّ اللّه

تقبل الدّعوى فيما فيه حقّ لله من كلّ أحد؛ وهو معنى القيام حسبة؛ كدعوى أنّ هذه الأرض مقبرة أو هذا البناء مسجد أو الموضع الذي بني فيه اقتطع من الطريق العام، أو أنّ هذه المرأة التي يرخي فلان السّتر عليها مبتوتة له، أو أنّ هذا المكان المبيع حبس على الفقراء أو طلبة العلم، أو أنّ المقدّم عاث في مال منظوره فسادا أو ما أشبه ذلك. وعكس المسألة أن تقع الدّعوى على حبس أو مسجد أو محجّة. وحينئذ يقيم الحاكم وكيلا يدفع عنه، فإن وجب عليه قضى به وإلاّ فلا. قاله في التّبصرة صفحة 127 من الجزء الأول. قلت وعملنا جار على أنّ تلك الجهات إن كان لها ناظر استدعي لها وأجري الخصام معه، وإن لم يكن لها ناظر قدّم القاضي مقدّما وقتيّا ليخاصم عنها. وهل للأجنبيّ كشف الوصيّ عن مال المحجور وتسلّم نسخة بالشّهادة على ما عنده؛ وهل للمحجور ذلك، ذكر ابن ناجي في الحادية عشرة من هبة كبيره عن شيخه البرزلي، أنّ لكلّ من المحجور والأجنبيّ الحقّ في ذلك. وسلّمه مقتصرا عليه. ونقله صاحب البرنامج في ص 143 وفي كتب الأحكام عن أحمد ابن نصر[185]، لا يكشف على الوصيّ قريبا كان القائم أو بعيدًا إلاّ أن يستراب في نظره؛ مثل أن يلحقه دين لكثرة ما بيده من المال أو ينفق على نفسه أكثر مما يحمل ماله. وقال غيره وهذا إذا كان أصل المال عنده معروفًا، فإن لم يكن معروفا وجب تعرّف قدر ما عنده. وكذلك الأب في ابنه الصغير. انظر حاشية الشّريف عند قول الزّقاقيّة.

" هكذا منع والد فقير ❋ من أخذ المال للولد فاعملا "

[185] هو أحمد بن نصر بن زياد الهوّاري. أخذ عن ابن عبدوس وابن سحنون ويحيى بن سلاّم وحمّاس القاضي. وتفقّه عليه أكثر القرويّين. مولده سنة -235أو سنة 236 وتوفي سنة 319. قال ابن فرحون وفي المالكيّين من يشتبه به وهو أحمد بن نصر الداودي الأسدي أبو جعفر المتوفّى بتلمسان سنة 402.

المطلب الرّابع في شروط صحّة الدّعوى

يشترط في صحّة الدّعوى أن تكون مبيّنة غير مجملة كلّما أمكن ذلك، ولم يكن هناك عذر في الإجمال؛ وأن تكون موجّهة على معيّن؛ وأن تكون بحيث لو أقرّ بها المطلوب أو قامت عليه الشّهادة بها لزمته. وقيدنا بالإمكان وعدم قيام العذر لإدخال نحو لي عليه شيء من المال أو لي حظّ من هذه الأرض؛ فإنّ الطّالب إذا كان يعرف قدر حقّه وامتنع من البيان لم تسمع دعواه؛ بخلاف ما إذا جهل قدره كدعوى الرّجل منابا من وقف كثر مستحقّوه، فإنّه يعذر لغلبة الجهل بكيفيّة قسمة الأوقاف. قال المازريّ[186]: وأما لو أيقن بعمارة ذمّة المطلوب بشيء جهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك، بإقراره بما ادّعى على جهة التّفصيل وذكر المبلغ الحقّ؛ لزم المدّعى عليه الجواب. وأيّده الحطّاب[187] قائلا: مسائل المدوّنة وغيرها صريحة في سماع الدّعوى بالمجهول إذا كان لا يعرف قدره. وصوّب البساطي[188] ما للمازريّ. وحكى الرّهوني[189] عن شيخه الجنوي[190] جريان العمل به —أي في المغرب. وفي

[186] هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المعروف بالإمام. كان حافظا نظّارا مجتهدا في المذهب. له من التآليف شرح التّلقين للقاضي عبد الوهاب وشرح البرهان لإمام الحرمين والمعلم شرح لصحيح مسلم وغيرها. ومن شيوخه اللخمي وعبد الحميد الصّائغ. توفيّ في المهدية سنة 536 ودفن بالمنستير.

[187] هو محمد بن محمد الحطّاب المكّي المولد والقرار. له تآليف قيّمة منها شرح المختصر الخليلي وتحرير الكلام في مسائل الالتزام. مولده سنة 902 وتوفيّ سنة 954هـ.

[188] هو محمد بن أحمد البساطي الطائي قاضي القضاة بمصر. أخذ عن بهرام والأقفهسي أخذ عنه السّنهوري والقلصادي و السّخاوي و غيرهم.مولده 768 و توفيّ سنة 843هـ.

[189] هو محمد بن أحمد الرّهوني صاحب الحاشية النّفيسة على شرح الشيخ عبد الباقي الزّرقاني للمختصر الخليلي، توفيّ سنة 1230 هـ.(من تطوان بالمغرب)

[190] هو محمد بن حسن الجنوي الحسني التّطواني. أخذ عن الشيخ محمد جسوس و عمر الفاسي و التّاودي و غيرهم. وأخذ عنه الرّهوني و غيره. له تقاييد على شرح الزّرقاني و الحطّاب و الرّماصي و البنّاني و طرر على شرح ميارة للتّحفة. مولده سنة 1135هـ و توفيّ سنة 1220.

التّبصرة لو ادّعى حقّا في هذه الدّار أو الأرض، وقامت بيّنة أنّ له فيها حقّا لا يعلمون قدره؛ فهي دعوى مسموعة. انظر شروح التّحفة عند قولها:

ومن لطالب بحقّ شهدا ❁ ولم يحقّق عند ذاك العددا

والتّبصرة ص215 من الجزء الثاني.

وانبنى على شرط البيان ورفع الإجمال أنّ المقال في استحقاق العقار، تستدعي صحّته تعيين ناحية العقّار وتشخيصه بذكر حدوده من جهاته الأربع[191] على وجه مفصّل، كأن يقال أرض أو دار أو حانوت ببلد كذا، يحدّه قبلة أرض لفلان بن فلان أو بستان لفلان بن فلان أو واد يعرف بكذا أو طريق عام. وكذلك يفعل في بقيّة الحدود. ولا يكفي التّحديد بالأشخاص كأن يقال يحدّه فلان. ولو عيّن المدّعي حدودا للعقّار المتنازع فيه؛ فزعم المدّعى عليه أنّ حدود العقّار الذي بيده مخالفة للحدود التي ذكرها المدّعي، وعيّن حدودا أخرى لكان من اللّازم أن تقع الدّعوى والجواب على عين المتنازع فيه ليكون معيّنا؛ ويؤمر الخصمان بإحضار شهود يشهدون بحيازته- أي حدوده- ويتلقّى شهادة هؤلاء الشّهود وتقييد الدّعوى والجواب عدلان يأذنهما القاضي بالخروج إلى محلّ النّزاع، لتلقّي الشّهادة وسماع الدّعوى والجواب. ومن هنا سمّى العامة ما ذكر بالتوجّه. ولقاضي الحاضرة إذا كان المتنازع فيه ببلد فيه قاض أن يكاتب قاضي بلد العقّار المتنازع فيه، بأن يختار عدلين من عدول بلده للقيام بهذه الأعمال، ويأذنهما بذلك ويختم بختمه ما يتّمانه ويوجّهه للقاضي.

[191] المذهب الحنفيّ يرى أنّ تحديد العقّار لا يكون بذكر الأشخاص المالكين لما يحيط بالعقّار من العقّارات، وإنّما يكون بذكر العقّار المحاد له وبيان نوعه ككونه أرضا أو دارا أو جنانا، وببيان مالكه إن كان ملكا أو مستحقّه أو المحبّس له إن كان وقفا. ويلزم أن يبيّن مع اسم المالك اسم أبيه واسم جدّه إلا إذا كان له لقب مشهور به، فذكر اللقب يغني عن ذكر اسم الجدّ. وإذا كان المحدود به على ملك متعدّدين ورثة أو غير ورثة فذكر واحد منهم كاف. وتذكر الفواصل الطبيعيّة أو الصناعيّة بين الحدّ والمحدود، ويكتفي بثلاثة حدود ولكن إذا ذكر الرابع يلزم ذكره محرّرا على الوجه الأتمّ.

والمصاريف النّاشئة عن تقييد الدّعوى والجواب على العين تحمل على المبطل في التّحديد، فإن كان التّجازف من الخصمين معا حملت عليهما.

والمقال في دعوى استحقاق العروض والحيوان والطّعام يلزم فيه تعيين النّوع وبيان العدد والقيمة. فيذكر في الثياب أنهّا أقمصة أو برانس وأنّ عددها كذا، وأنّها من حرير أو صوف أو كتّان وأنّ قيمتها كذا. ويستحسن التوسّع في الوصف ككونها بالية أو جديدة وكونها من صنع بلد كذا. ويذكر في المصوغ أنّه من ذهب أو فضّة وأنّه قرط أو سوار وأنّه مرصّع باليواقيت أو خال منها وأنّ قيمته كذا. ويستحسن التوسّع كذكر نوع الحجارة يواقيت أو زمرّد. ويذكر في الحيوان نوعه وأنّه ذكر أو أنثى وأنّ سنّه كذا وأنّ قيمته كذا. ويذكر في الطّعام نوعه كقمح أو ذرة ووزنه أو كيله وأنّ قيمته كذا.

وانبنى على شرط البيان ورفع الإجمال لزوم بيان المقدار الذي يدّعي استحقاقه، ككونه الكلّ أو النّصف أو الثّلث؛ ولا يكفي أنّه يستحقّ جزءا من النّصف آل إليه هذا الجزء بالإرث من فلان بن فلان المالك للنّصف المذكور، إذا تعدّدت الوراثات. ومن هنا يلزم الحاكم أن يأمر الطّالب بإقامة فريضة يتبيّن بها مقدار الجزء الذي يستحقّه من النّصف على دعواه. ويلزم إذا ادّعى أنّ الحق لميّت آل إليه كلّه أو بعضه بطريق الإرث، أن يدلي بوفاة المورّث وجميع من انتقل إرثه إليه، إذ من حجّة الخصم أن يقول هذا الذي تنسب إليه الملك حيّ ولو حضر لأقرّ أنّ الملك لي. فإذا أثبت موت من يقوم بسببه وعدّة ورثته وأثبت موت بعض ورثة الموروث الأول، وجرّ القائم ذلك إلى نفسه ولكن لم يجد من يشهد له بعدّة سائر ورثة الوارثين غير من يدلي به؛ كفاه ذلك على ما أفتى به الشّيخ عمر الفاسي[192]. قائلا : "يحكم للقائم بقدر ميراثه لعلم نصيبه وتحقّقه، وليس عليه أن يثبت تناسخ الوراثات الذين لا يدلي بهم.

[192] هو عمر بن عبد الله بن يوسف بن العربي الفاسي من بيت الفاسي الشّهير، كان نظّارا فقيها أصوليّا له تآليف ورسائل عديدة نفيسة. من أشهر مؤلّفاته شرح التّحفة وشرح لاميّة الزّقّاق. توفّي في رجب سنة 1188.

ولا يكفي في إثبات وفاة من نسب إليه الملك وعدّة ورثته؛ إقرار المطلوب بذلك؛ فقد قال المشاور إن قال المدّعي أنت عالم بموته وعدّة ورثته قال وإن أقرّ بذلك لم يقبل؛ لما فيه من إلزام الحقوق وإنّما يكون شاهدا" اهـ. ومعنى قوله لما فيه من إلزام الحقوق أنّ الحاكم لو قبل إقرار المطلوب بوفاة من نسب إليه الملك وحكم به، لكان حاكما بموت المنسوب إليه الملك، فتعتدّ زوجته وتزوّج عند انقضاء العدّة وتنفذ وصاياه وتحلّ ديونه؛ ولا يصحّ شيء من ذلك دون ثبوت سواء قيل إنّ قوله المذكور إقرار أو شهادة؛ إذ الشّهادة لابد فيها من عدلين والإقرار لم يكن هنا بالحقّ وإنّما كان بالموت الذي يتضمّنه. وفي كون مضمن الإقرار كالإفراد خلاف اختلف التّرجيح فيه بحسب الفروع فألغي هاهنا بالكلّية، لما يترتّب عليه ممّا ذكر. وما ذكره المشاور مثله لعياض في الإكمال على وجه يفيد أنّه متّفق عليه عند المالكيّة؛ وما بحث به الشيخ التّسولي[193] في شرح التّحفة في كلام المشاور لا معوّل عليه؛ وعملنا جار على كلام المشاور الذي أشار إليه الزّقّاق بقوله:

ومن يدّعي حقّا لميت ليثبتن ❁ له الموت والوراث بعد لتفصلا

لكن قال ابن سلامة[194] في حاشية التّحفة :"كنت استشكل عدم كفاية إقرار الخصم بالورثة والموت، مع أنّ المقرّ بوارث يلزمه الإقرار فيما بيده كما في المختصر

[193] هو علي بن عبد السّلام التّسولي المدعو مديديش. كان فقيها بحّاثة له من المؤلّفات شرح التّحفة وشرح شامل بهرام وحاشية على شرح التّاودي للامية الزّقّاق وفتاوى، توفي سنة 1258.

[194] هو محمد بن محمد الطيب بن أحمد بن علي بن سلامة. تولّى قضاء الجماعة بتونس ثم الفتيا وكان شديد الذّكاء. تفقّه بقاضي الجماعة الشيخ محمد البحري بن عبد السّتار. له حاشية على شرح التّاودي للتّحفة بقيت في مسوّدتها. وتوفي سنة 1266.

وغيره، حتى رأيت الأبّي[195] على مسلم[196] قال في حديث الحضرمي والكندي[197] حيث قال :كانت لأبي وغلبني عليها، ما حاصله أنّ محل إثبات الموت إذا ادّعى أخذ المستولي من يد الميت، أما إذا ادّعى الأخذ من يده ونسبه للميت فلا؛ والإقرار بالموت والورثة فيما ينسب للميت ويحتاج لإثبات الورثة؛ يوجب رفع يد المقرّ عن المتنازع فيه فقط، ولا يحكم به للمدّعي إذ قد يكون له وارث آخر فلا يحكم فيما لثالث بين إثنين؛ بخلاف ما إذا ثبت الإرث فإنه اعتراف فيما ثبت أنّه له وخصام مع مالك" .

[195] هو محمد بن خلف المعروف بالأبّي الوشتاتي. من أكابر أصحاب ابن عرفة أخذ عنه ولازمه وانتفع به. وأخذ عنه ابن ناجي وعمر القلشاني وأبو زيد الثعالبي. له شرح على صحيح مسلم سمّاه إكمال الإكمال وهو مشهور متداول ولاسيما بعد طبعه؛ وشرح المدوّنة. تولى قضاء الجزيرة سنة 808 وتوفي سنة 828.

[196] هو أبو الحسين مسلم بن الحجّاج بن مسلم القشيري النّيسابوري المجمع على جلالته وإمامته، ألّف كتابه الصحيح الذي انفرد بحسن الترتيب وتلخيص طرق الحديث. توفي بنيسابور سنة 261 وهو ابن خمس وخمسين سنة.

[197] حديث الحضرمي والكندي أخرجه مسلم في كتاب الأيمان:" عن سمّاك عن علقمة ابن وائل عن أبيه قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقال الحضرمي : يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي : ألك بيّنة قال لا قال فلك يمينه، قال يا رسول الله إنّ الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتوزّع عن شيء، فقال ليس لك منه إلا ذلك، فانطلق ليحلف. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمّا أدبر:" أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقينّ الله وهو عنه معرض".

ثم أخرجه عن عبد الملك بن عمير عن علقمة بن وائل عن وائل بن حجر عن أبيه، قال كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلّم فأتاه رجلان يختصمان في أرض. فقال أحدهما إنّ هذا انتزع عليّ أرضي يا رسول الله في الجاهلية هو امرؤ القيس بن عابس الكندي وخصمه ابن عَبْدان. فقال: بيّنتك. قال ليس لي بيّنة. قال يمينه. قال إذا يذهب بها. قال ليس لك إلا ذاك. قال فلما قام ليحلف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من اقتطع أرضا ظلما لقي الله وهو عليه غضبان». وأخرجه أبو داود في سننه في كتاب الأيمان والنّذور عن السّماك بمثل ما أخرجه مسلم وعن الأشعث بن قيس أنّ رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في أرض من اليمين، فقال الحضرمي: يا رسول الله إنّ أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده، قال هل لك بيّنة قال: لا. ولكن أحلفه والله ما يعلم إنّها أرضي اغتصبنيها أبوه، فتهيأ الكندي لليمين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا يقتطع أحد مالا بيمين إلا لقي الله وهو أجذم". فقال الكندي هي أرضه.» وأعاد الحديث بطريقيه في كتاب الأقضية.

وللافتقار إلى إثبات الوارثات في دعاوي الأملاك المنسوبة لميّت، جرت العادة في كتب المقالات بتصديرها بتضمين الوفيات ثم تذكر الدّعوى: فابتداء الدّعوى من قول الموثّق فهو يطلب كذا وما قبله تمهيدات لتصحيح الدّعوى وإيضاحها.

وكما أنّ المطلوب لا يكلّف بالجواب إذا مات ربّ الحق حتى يثبت الطالب موته ووراثته؛ كذلك إذا مات المطلوب وقام ربّ الحق أو ورثته على ورثة المطلوب فلا تكلّف ورثته بالجواب، حتى يثبت القائم موته وعدّة ورثته من أجل ما يحتاج من الإعذار إليهم كما في المتيطيّة.

وانبنى على اشتراط أن تكون الدّعوى بحيث لو أقرّ بها المطلوب أو قامت عليه البيّنة، بها لزمته عدم سماع دعوى البيع والشّراء والقبض والإبراء والتبرّعات على المحجور؛ بخلاف دعوى الغصب والتعدّي والأضرار وترك الإنفاق الواجب والطّلاق والارتجاع والظّهار والإيلاء، فإنّ الدّعوى بها تسمع عليه.

المطلب الخامس فيما يلزم اشتمال الدّعوى عليه إذا سأله المطلوب

هناك أشياء تلزم في الدّعوى إذا سألها المطلوب؛ منها حصرها؛ فإذا قال المطلوب لا أجيبك حتى تجمع مقالاتك وتحصر دعواك؛ فإن كانت الدّعوى متعلّقة بالميراث لم يلزمه ذلك لأنّ الميراث لا يحاط به؛ وإن لم تتعلّق بالميراث لزمه. هذا الذي به العمل من أقوال في المسألة حكاها الزّقاق بقوله في لاميّته.

وهل مدّع يلجأ لجمع حقوقه ❁ نعم إن بدا تعنيته أو نأى ولا

وقيل يجمع عند أحلافه فقط ❁ وتمييز إرث من سواه قد انجلا

لكن محلّ عدم حصر الدّعوى في الميراث، إذا لم يطلب الخصم أن يحصرها على ما في علمه وإلاّ لزمه ذلك. ويترتّب عليه إنّه إذا ادّعى دعوى أخرى يحلف أنّه لم يعلم بها وقت حصره لغيرها، ويكلّف المطلوب حينئذ بالجواب عنها. انظر شرح

العمل عند قوله جمع الدّعاوي في يمين. ويوضّحه ما في نوازل الدّعاوي من المعيار ص174 من الجزء العاشر من الطبعة الفاسيّة: سئل البرقي[198] عمّن توفّي زوجها فقام يطلبها بعض ورثته عن أشياء وصّاها بها وأشياء من التّركة لم يوص بها،و أشياء من قبلها لم يسمّها؛ فأنكرت الجميع وأرادت الحلف يمينا واحدة لأنّها مطالب ماليّة؛ فيتجمّع عليها من التّركة جميع ما يعلمه ويحلّفها عليه، وطلبت حلفه أنّه ما يعلم من التّركة سوى ما ذكر ممّا لم يسمّه، لئلاّ تتكرّر عليها اليمين ممّا لم يذكره أولا؛ وقال الطّالب بل لكلّ دعوى يمين لاختلافها في أصل الدّعاوي؛ فهل يعمل على قوله أو قولها؛ فأجاب كلّ دعوى ذكرها من قبل وصيّة ميّت، أو ادّعى كلّ من يستحقّ الدّعوى على مطلب واحد فإنّها تجمع في يمين واحدة؛ وما وقع في المذهب أنّ دعاوي المواريث لا يلزم جمعها، فمعناه أنّ الوارث ربما كان لموروثه حقّ لا يعلمه حين القيام، فلو جمع في اليمين لأدّى إلى إبطاله فيضرّ به؛ وإذا ذكر الوارث مطالب وسمّاها جمعت في يمين واحدة، ويبقى ما لا يعمله حين القيام فيقوم به متى علمه؛ وما طلبته من يمينه عمّا لم يسمّه فينبغي سؤال الوارث عنه، فإن أنكر قوله وعليه فينبغي تقييد الشهادة عليه، ولا قيام له بعد ذلك إلاّ بإظهار أمر يعلم أنّه لم يكن معلوما عنده، ويعرف ذلك عند الإشهاد به عليه. اهـ. لكن ما اقتضاه هذا الجواب من وجوب يمين واحدة للدّعاوي المتعدّدة، هو الذي عليه العمل بقرطبة في نقل القاضي ابن سهل وغيره، أنّ الدّعاوي إذا كانت لشخص واحد تجمع في يمين واحدة، ولا تتعدّد الأيمان بتعدّد الدّعاوي. والذي به العمل في القيروان تعدّد الأيمان بتعدّد الدعاوي ولو لشخص واحد ذكره الشّيخ ابن ناجي، ونقله عظوم في برنامجه وخرج عليه فتواه في نازلة اختلف فيها مع بعض معاصريه، وساقها في البرنامج فأرجع إليه إن شئت.

[198] هو محمد بن عبد الله البرقي من بيت علم بمصر. أخذ عن عبد الله ابن عبد الحكم وأشهب وابن كبير وأصبغ بن الفرج. من مؤلّفاته اختصار مختصر ابن عبد الحكم. توفي سنة 249.

وما تقدّم من لزوم حصر الدّعوى في غير المواريث إذا سأله المطلوب ؛ محلّه إذا لم تكن الدّعوى من ناظر في حقّ محجوره وإلاّ لم يحصر الدّعوى في تقييده لأنّ حصره معناه لا حقّ لمحجوري عليك إلاّ ما ذكرته في التقييد؛ فهو إقرار من أب أو وصيّ في حقّ محجور وهو باطل. قاله عظوم في البرنامج ونقله الشريف في حواشي الزقّاقيّة قبيل قولها "يمين قضاء لا تعاد سوى لمن" بنحو ورقة.

ومنها إذا كان الحقّ لجماعة متعدّدة كحق في دار ورثه جماعة، أو دين على شخص ورثه متعدّدون؛ وكأصحاب جنّات لهم حقّ في ماء؛ أن يجتمعوا على مطالبته أو توكيل واحد إذا سأل المطلوب ذلك وأبى من الجواب حتى يقوم جميعهم على مطالبته، أو يجتمعوا على توكيل واحد؛ فيؤمرون إذا قاموا كلّهم بأن يوكّلوا واحدا أو يحضروا جميعا لمخاصمته ولا يتعاورونه واحدًا بعد واحد، لما في ذلك من إعناته وإدخال الحرج عليه. أما إذا قام بعضهم وبعض غائب فيمكّن القائم من الدّعوى وليس للمطلوب أن يقول لا أجيب حتى يحضروا. ثم إن كان القائم الحاضر بالبلد واحدًا أمر المطلوب أن يجيب، ولا يقضى له إلاّ بحقّه ولا ينزع باقي الحق من يد المحكوم عليه، إذ لعلّ الغيّب يقرّون بأنّه للمحكوم عليه. وأما إذا كان القائم الحاضر أكثر من واحد فلابدّ من توكيل واحد فقط أو الحضور؛ كما إذا قام جميعهم. وإن كان غير القائم حاضرًا فمن حقّ المطلوب أن يقول لا أخاصم حتى يوقف الحاضرون، فإما أن يسلّموا لي ويوكّلوا واحدًا أو يحضروا جميعا، فمتى طلب الخصم ذلك أجابه الحاكم إليه وكلّفهم بإحضارهم ذلك. ولا يجب ذلك على الحاكم إن لم يطلبه المدّعى عليه.

وجمع ذوي الحقّ المشترك ليسلّموا أو يوكّلوا واحدًا، إنّما هو على القائم لا على المطلوب؛ كما تدلّ عليه عباراتهم خلافا لما استظهره الشيخ الرّهوني؛ وقد

أشبع الشيخ مهدي[199] في حاشية الزّقاقيّة النّقل بما يفيد ذلك؛ فأرجع إليه إن شئت.
ومنها أن يبيّن السّبب الذي من أجله ترتّب ما في ذمّة المطلوب، كأن تقول المرأة لي عشرة تزوّجته بها أو أنفقتها على ولده الواجب إنفاقه عليه. ويحمل ما ادّعى على الصّحيح؛ فإن لم يذكر المدّعي السّبب لزم الحاكم أن يسأله عنه؛ فإن غفل الحاكم فمن حقّ المطلوب السّؤال عن السّبب؛ فإن بيّن الطالب السّبب وقف المطلوب على ذلك ولزمه أن يقرّ أو ينكر؛ وإن أبى الطّالب من بيان السّبب فإن ادّعى النّسيان قبل منه بغير يمين. وقال الباجي القياس أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب أنّه لا يذكر سبب ما يدّعيه؛ لأنّه قد يجد منه مخرجًا إذا ذكره.وإذا كتمه لم يمكنه المخرج، فيكتمه ليلزمه اليمين، وإن لم يدّع الطّالب نسيانًا وامتنع من التّبيين مع ذكره لم يسأل المطلوب عن شيء. قاله أشهب[200] في المجموعة ونحوه في كتاب ابن سحنون[201].

[199] هو محمد المهدي بن خضر الحسني الوزّاني الفاسي مفتي فاس وفقيهها. له مؤلّفات تدلّ على سعة اطّلاع منها: حاشية على شرح التّاودي للتّحفة وحاشية على شرح التّاودي للاميّة الزّقّاق وكتاب في الفتاوى. توفي عن سنّ عالية سنة 1342.

[200] هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم أبو عمرو القيسي العامري الجعدي. اسمه مسكين وأشهب لقب. مصريّ من أصحاب مالك. روى عن الإمام واللّيث والفضيل بن عياض. وروى عنه الحارث بن مسكين وسحنون بن سعيد. أثنى عليه الشّافعي وانتهت إليه الرّئاسة بمصر بعد ابن القاسم وكتب سماعه عشرون، وتوفي بمصر سنة 204.

[201] هو محمد ابن سحنون العالم ابن العالم تفقّه بأبيه، أو رحل إلى المشرق فأخذ عن أعلام وأثنى عليه علماء عصره في مختلف الأقطار. رزق المعونة في التأليف فألفّ مؤلّفات كثيرة عدّ جملة منها ابن فرحون في الدّيباج. مولده سنة 202 وتوفي بالسّاحل سنة 252 وجيء به من السّاحل إلى القيروان فدفن بها.

المطلب السّادس في تبعيض الدّعوى

اختلف هل تتبعّض الدّعوى[202] ومن هذا من قال أعتقتك على مال وقال العبد[203] بغير شيء؛ فقال في الكتاب القول قول العبد بناء على التّبعيض؛ وقال أشهب القول قول السيّد بناء على عدمه؛ كما لو قال أنت حرّ وعليك كذا بخلاف الزّوجة؛ أي يقول لها أنت طالب وعليك كذا، ومنه من أقرّ بالطّلاق[204] وادّعى أنّه على شيء وأنكرته الزّوجة، فقيل يلزمه الطّلاق بعد أن تحلف على ما قاله، وقيل القول قوله يحلف ويستحقّ. ومنه من قال طلّقت وأنا مجنون أو صغير، فقال ابن القاسم[205] لا يلزمه إذا علم أنّه جنّ، وألزمه اللّخمي وسحنون؛ وأصله تبعيض الدّعوى[206] انظر شرح المنهج المنتخب عند قول النّاظم "وهل تبعّض دعوى" صفحة 93.

---

[202] مما يرجع إلى تبعيض الدّعوى إذا قال رجل أقررت لك بألف درهم وأنا صبي؛ وقال الطالب بل أقررت لي بها وأنت رجل. فعند ابن القاسم القول قول المقرّ مع يمينه ولا شيء عليه. قال أهل العراق وكذلك لو قال أقررت لك بها في نومي أو قبل أن أخلق؛ كان ذلك كلّه باطلا في قول ابن القاسم وأهل العراق، ولا يلزمه عندهم شيء من ذلك لأنّه نسبه إلى حال لا يثبت فيها إقراره. وبه الحكم. وقال سحنون يلزمه ما أقرّ به لأنّ قوله وأنا صبي أو في نومي أو قبل أن أخلق ندم منه. اهـ من المفيد. ونقله شرّاح العمليّات العامة صفحة 217 وفي شرح المّواق للمختصر الخليلي عند قول خليل «أو أقررت بكذا وأنا صبيّ» ما نصّه ابن رشد قوله غصبتك ألف دينار وأنا صبيّ لا خلاف في لزومه لأنّ الصّبي يلزمه ما أفسد أو كسّر؛ وقوله أقررت لك وأنا صبيّ يتخرّج على قولين أحدهما أنّه لا يلزمه إذا كان كلامه نسقا. وهو الأصحّ وعليه قوله في المدوّنة طلّقتك وأنا صبيّ. اهـ؛ انظر شرح المّواق صفحة 226 ج5.

[203] جرى صاحب المختصر هنا على القول بالتّبعيض فقال «والقول للسيّد في نفي العبد لا في عتق بمال».

[204] هذا الذي درج عليه خليل في مختصره حيث قال «وإن ادّعى الخلع أو قدرا أو جنسا حلفت وبانت» وشرحه المّواق بقوله ابن عرفة فيها مع سماع ابن القاسم من أقرّ بخلع على شيء فأنكرته امرأته ولا بيّنة؛ وقع الفراق ولا شيء له وحلفت ما خالعته. ابن الحاجب إذا أقرّ بالطلاق واختلفا فيما وقع به الخلع أو في وقوعه مجانا فالقول قولها مع يمينها. وإذا تنازعا في أصل العوض حلفت وبانت خلافا لعبد الملك؛ وفي جنسه وقدره حلفت وبانت. اهـ. شرح المّواق صفحة 38 ج 4.

[205] هو عبد الرحمان بن القاسم العُتقي. روى عن مالك والليث وعبد العزيز بن الماجشون وغيرهم. وروى عنه أصبغ وسحنون وعيسى بن دينار والحارث بن مسكين ويحيى بن يحيى الأندلسي ومحمد بن عبد الحكم وغيرهم. صحب مالكا عشرين سنة وتفقّه به وبنظرائه وكان أعلم النّاس بعلم مالك وآمنهم عليه. توفي بمصر في صفر سنة 191 وهو ابن 63 سنة.

[206] ينبغي في كل مسألة ترجع إلى تبعيض الدّعوى أن ينظر إلى ما رجح فيها؛ لا أن يجعل القول بعدم التبعيض مطّردا، لأنه فرّع على كلّ من القولين فروع اختلف التّرجيح باختلافها.

المطلب السّابع في اضطراب الدّعوى

إذا اضطرب المدّعي في دعواه سقطت؛ لأنّ ذلك علم على بطلانه في دعواه. ولذلك أمثلة؛ منها أن يدّعى شخص بشيء كان ادّعى به على غيره؛ فإنّ ذلك يوجب الحكم ببطلان حقّه وسقوط دعواه؛ لأنّ الدّعوى على شخص إبراء لغيره. ولا فرق في تحويل الدّعوى بين أن يكون ذلك في المدّعى عليه أو به. قاله في برنامج الشّوارد ونظمه الشيخ السّنوسي[207] في لقط الدّرر صفحة 208 —ومنها من ادّعى حظّا من أرض أو دار بطريق الإرث من أبيه ثم استظهر بالشّراء من المقوّم عليه؛ فإنّ ذلك يوجب الحكم ببطلان حقّه على ما قاله العبدوسي[208] لتناقضه. وبيان التّناقض أنّ المدلي بحجّة قائل بما فيها؛ فآل الأمر إلى أنّه قائل بأنّ هذه الأرض له بطريق الإرث وبطريق الشّراء وذلك تهاتف. ومنها أن يدّعي بشيء ثم يدّعي أكثر منه؛ فذلك يوجب بطلان دعواه على ما أفتى به عظوم. وقال الشيخ التّسولي ويدلّ على بطلان الدّعوى بالاضطراب مسائل وقعت في المذهب متفرّقة؛ منها ما هو على العموم ومنها ما هو على الخصوص، فمن الأوّل قولهم: من اختلف قوله واضطرب مقاله سقطت دعواه وبيّنته. ومنه ما في العيار عن العبدوسي من تناقض كلامه فلا حجّة له. ومنه ما نقله بعضهم عن ابن يونس[209] عن أشهب، أنّ من اختلف دعواه بأمر بيّن

[207] هو محمد السّنوسي الكاف التّونسي، أخذ عن علماء تونس الذين منهم الشيخ صالح الكوّاش والشّيخ الشّحمي والشيخ الغرياني، ألّف رجزا في الأحكام سمّاه «لقط الدّرر» اشتمل على كثير مما جرى بن العمل في تونس. تولّى قضاء الجماعة وتوفي سنة 1255.

[208] هو أبو عمران موسى بن محمد بن معطي العبدوسي وبه عرف؛ الفاسي. عالم فاس ومفتيها. أخذ عن القوري والجزولي. من تآليفه تقييدان على المدوّنة وتقييد على الرّسالة. توفي سنة 776.

[209] هو محمد بن عبد الله بن يونس. تميمي صقلّي ألّف كتابا جامعا للمدوّنة أضاف إليها غيرها من الأمّهات؛ وهو من الكتب المعتمدة. توفي سنة 451.

فلا شيء له؛ هذا قول مالك[210] اهـ. ومنه ما في التّوضيح[211] أنّ الدّعوى على شخص إبراء لغيره، ومن الثاني قال في المعيار عن عياض أنّ من ادّعى الإرث ثم الشّراء سقطت دعواه. ومنه ما في القضاء من معين الحكّام فيمن ادّعى في دار أنّها وراثة من آبائه، فلما أثبت غيره الملكيّة أقام هو بيّنة بالشّراء منه. ومنه مسائل مضمن الإقرار المذكورة في القضاء والوكالات والوديعة. ومنه ما في نوازل الدّعاوي من المعيار[212] في مريض تصدّق على أخيه فقبض الأخ الصّدقة وحازها، ثم مات المريض فرّد على ورثته ما زاد على الثّلث، ثم تبيّن أنّ الصّدقة في الصحّة وأنّها جائزة كلّها. ومنه من ادّعى في ملك أنّه من أوقاف فلان ثم ادّعى أنّه ملك لموروثه. أفتى الحطّاب بأنّه لا حقّ له. ومنه من ادّعى في ملك أنّه من مخلّف أبيه فأثبت غيره أنّه ملك لموروثه، فادّعى أنّه أوصي له

---

[210] هو إمام دار الهجرة مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن غيمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث وهو ذو أصبح. وذو أصبح من قحطان. وأبو عامر بن عمرو جّد أبي مالك من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شهد المغازي كلّها خلا بدرا. وابنه مالك جدّ مالك كنيته أبو أنس من كبار التّابعين يروي عن عمر وطلحة وعائشة وأبي هريرة وحسّان بن ثابت رضي الله عنهم. وقد اختلف في مولد الإمام اختلافا كثيرا والأشهر أنه سنة 93. وروى عن مالك جماعة من شيوخه والمعاصرين له ممّن هو أسنّ منه. وشهد له بالإمامة شيوخه ومعاصروه وأثنوا عليه كثيرا. له مؤلّفات أشهرها الموطأ. وقد اقترح عليه تأليفه أبو جعفر المنصور. ومناقب الإمام خصّت بالتّأليف. توفي رضي الله عنه سنة 179.

[211] هو لأبي المودّة خليل بن إسحاق الجندي أحد شيوخ العلم والصلاح. أخذ عن ابن الحاج صاحب المدخل وأبي عبد الله المنوفي وغيرهما. وأخذ عنه بهرام والأقفهسي والبساطي وغيرهم. له تآليف نافعة مفيدة رزقت القبول من أشهرها شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي المسمّى بالتّوضيح ومختصره الفقهي الذي وقع الاعتناء به من علماء مختلف الأقطار. فشرحه علماء من مصر والمغرب وتونس والجزائر والأندلس. توفي سنة 776.

[212] وقع إجحاف في نقل التّسولي لما في المعيار ربّما يوقع لبسا في كيفية الاستدلال به. وتوضيحه بنقل كلام المعيار في صفحة 194 من الجزء العاشر بالطبعة الفاسيّة. قال: وسئل سحنون عن رجل تصدّق على أخيه بنصف ماله وهو مريض مرضا طويلا دام سنين؛ يخرجه في حوائجه ويقضيها؛ فقبض أخوه الصدقة وحازها سنين؛ ثم إنّ الأخ المريض مات؛ وقام عليه ورثة المتصدّق؛ فقالوا للمتصدّق عليه: لا يجوز لك إلا الثلث؛ وقد سألنا الفقهاء فقالوا لا يجوز لك إلا الثلث. فدفع إليهم المتصدّق عليه ما زاد على الثلث؛ ثم علم أنّ الصّدقة جائزة. فأجاب بأن قال من يعلم أنّك كنت جاهلا أنّ الصّدقة لك كلّها؛ أنت تدفع إليهم ما لك وتوجّهه لهم بعد ما قد حزته وملكته؛ وقمت الآن تدّعي الجهالة؛ ما أرى لك فيما دفع إليهم حقّا. قال له السّائل أنا أقيم البيّنة أنّهم قالوا إنّ هذه الصّدقة لا يجوز لك منها إلا الثلث؛ وقد سألت عن ذلك الفقهاء فأخبروني بذلك. فقال له أما إن أقمت البيّنة على هذا فأرى لك أن ترجع عليهم بما أخذوا منك. وبالله التّوفيق. اهـ.

به. ومنه من ادّعى في دار أنّها وراثة بينه وبين إخوته ثم ادّعى أنّه انفرد بها بوصيّة أو صدقة من المورث. قال سحنون لا تقبل دعواه ولا بيّنته. وذكر الثّلاثة الأخيرة الحطّاب في باب الإقرار، وذكر عن القرافي[213] أنّه اعتمد في المسألة الأخيرة خلاف قول سحنون، فذكر في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين، أنّ ضابط ما لا يقبل الرّجوع فيه أن يكون الرّجوع لغير عذر عاديّ؛ وضابط ما يقبل فيه الرّجوع أن يكون هناك عذر عاديّ، كأن يقرّ الوارث للورثة أنّ ما تركه أبوه ميراث بينهم ثم جاء شهود أخبروه، أو وجد رسما بأنّ أباه كان تصدّق عليه بهذه الدار في صغره وحازها له؛ فإنّه إذا رجع وادّعى أنّه لم يكن عالما بذلك تسمع دعواه وعذره؛ ولا يكون إقراره السّابق مكذّبا لبيّنته. اهـ. ويؤيّده ما في البرزلي عن المازريّ فيمن اقتسم تركة موروثه مع الورثة، ثم وجد بيّنة تشهد له ببعضها؛ أنّه يحلف ما علم بيّنته إلاّ الآن ويستحقّ. ونحوه في نوازل الزيّاتي فيمن سلّم في شيء ظنّا منه أنّه لا يستحقّه ثم تبيّن أنّه يستحقه فإنّ التّسليم لا يلزمه. وهذه النّصوص كلّها ظاهرة في أنّ تحويل الدّعوى يبطلها حيث لم يتّضح العذر؛ سواء حصرها وأشهد أنّه لا دعوى له غيرها أم لا. فلا ينبغي أن يعتمد ما في التّبصرة من أنّ محل ذلك إذا أشهد أنّه لا دعوى له سواها؛ ولا ما في أقضية البرزلي عن ابن حارث[214] ليس من ادّعى يحجّر عليه فيما سواها إن ادّعى نسيانا؛ إلاّ أن يكون في الكشف أي التّقييد؛ إقرار المدّعي أنّ الذي كشف عنه هو آخر دعواه. انظر شرح التّسولي للتّحفة في قولها:

لأنّـه أضـبـط لـلأحكـام ❁ ولانحصار ناشئ الخصام

---

[213] هو شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي الصّنهاجي المصري الأصولي الفقيه. أخذ عن ابن الحاجب وعز الدين بن عبد السّلام والفاكهاني والبقوري وغيرهم. له تآليف بديعة من أشهرها التّنقيح والذّخيرة والفروق والإحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام، والعقد المنظوم في الخصوص والعموم وشرح المحصول. توفي سنة 684.

[214] هو محمد بن حارث بن أسد الخشني. تفقّه بالقيروان على ابن اللّباد ورحل فسمع من ابن أيمن وقاسم بن أصبغ ومحمد بن يحيى بن لبابة. له تآليف. توفي بقرطبة سنة 361 وقيل سنة 364.

الفصل الثّاني
في استدعاء المطلوب للجواب عن الدّعوى

وفيه مباحث

المبحث الأوّل في كيفيّة استدعاء المطلوب

بعد تقديم الدّعوى على الصّفة المبيّنة بالفصل الأوّل وطلب استدعاء المطلوب للجواب؛ فإمّا أن يكون المطلوب محجورا أو رشيدا؛ فإن كان محجورًا وكانت الدّعوى في غير مال كالطلاق والحضانة والمعاشرة؛ استدعي المحجور نفسه؛ وإن كانت الدّعوى في مال استدعي حاجره إن كان له ناظر؛ وإن لم يكن له ناظر قدّم القاضي من ينظر في أموره وحينئذ يجري الخصام مع النّاظر. وأمّا إذا كان المطلوب رشيدًا؛ فإمّا أن يكون غائبا عن إيالة القاضي أو حاضرًا بها؛ وإذا كان حاضرا بها. فإمّا أن يحضر بعد الاستدعاء أو يتخلّف عن الحضور؛ وإذا حضر فإمّا أن يجيب أو يمتنع من الجواب؛ وإذا أجاب فإمّا أن يقرّ أو ينكر؛ وإذا حضر وأنكر فكلّف الطالب بالإدلاء ببيّنته، فإما أن يستمرّ المطلوب على الحضور إلى أن تنتهي النّازلة بالحكم، أو يلدّ عن الحضور في أثناء الخصام. أما كيفية استدعاء المطلوب للجواب عن الدّعوى؛ فإنّها تكون على ما جاء به الأمر العليّ[215] المؤرّخ في 16 ربيع الأول 1356 وفي 27 ماي 1937. وقد جرى هذا الأمر على أحد الأقوال الثلاثة في المتغيّب ابتداء عن حضور مجلس الحكم المشار إليها بقول الزّقّاق

---

[215] هذا الأمر العليّ صدر قبل صدور المجلّة الشرعيّة للمرافعات المؤرّخة في 21 شوال سنة 1368 وفي 2 سبتمبر سنة 1948، وقد تضمّنت ما جاء به الأمر المذكور إلا استدعاء الطّالب فإنّه كان مرّتين فصار مرّة واحدة (انظر الملاحق).

إذا يختفي خصم ببيت فأرسلن ❁ عدولا له مع من ينادي ألا ألا
لتحضر وإلاّ فالوكيل ثلاثة ❁ يقام وبعد أحكم ويمضي وحصلا
لبعض به هجما وقيل يفتّشه ❁ بعدلين والأعوان والنّسوة اعقلا

فإنّ حاصل ما ذكروه في المسألة أن المتغيّب إن كان له مال ظاهر، وأثبت الطّالب حقّه حكم عليه؛ وإن لم يكن له مال ظاهر ففيه ثلاثة أقوال. أحدها أن يرسل إليه القاضي عدلين مع رسول ثقة ينادي: يا فلان إنّ فلانا رفعك إلى القاضي فلان فلتحضر لديه لتخاصمه، فإن أبيت أقام لك وكيلا يخاصم عنك؛ يقول ذلك ثلاثة أيام في كلّ يوم ثلاثة مرّات؛ فإن لم يحصر أقام له القاضي وكيلا وحكم عليه ويرجئ له الحجّة. الثّاني أن يهجم عليه في بيته على حين غفلة فيخرج من مكانه الذي اختفى فيه. الثّالث أن يبعث إليه عدلين والأعوان والنّسوة فيهجم عليه النّسوان ويعزلن حرمه بمحلّ خاص، فيدخل الأعوان. والظّاهر أنّ القولين الأخيرين بمعنى واحد كما جزم به التّسولي في حاشية الزّقّاقية. فالأمر العليّ جار على أوّل الأقوال؛ لأنّ إمضاء المطلوب بجذر الاستدعاء دليل على بلوغ الاستدعاء إليه؛ فهو بمنزلة شهادة العدلين بوقوع استدعائه. والتّنصيص في الاستدعاء الأخير أنّه إذا لم يحضر يسمّي له القاضي وكيلا ويحكم عليه؛ بمنزلة نداء المنادي بذلك. فإن قيل ما ذكروه في المتغيّب الذي اختفى والأمر العليّ لم يفرّق بين اختفاء المتغيّب وظهوره، مع أنّ حكم الحاضر الذي لم يختف الرّفع إلى القاضي كما قال خليل "وجلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على مسافة العدوى (أي مسافة القصر) لا أكثر كستّين ميلا إلاّ بشاهد" اهـ. وكما قال ابن سلمون[216] "ومن له على غيره دعوى دعاه إلى

[216] هو سلمون بن علي بن عبد الله بن عبد الله بن عبد الله بن عبد العزيز بن سلمون الكناني الغرناطي. تولي القضاة بغرناطة وكان بصيرا بمعرفة الشروط والأحكام. ألّف في الوثائق كتابا عليه اعتماد القضاة. وتوفي بغرناطة سنة 767.

القاضي فإن أجاب وإلاّ دفع إليه القاضي طابعًا (أي بطاقة مختومة بختم القاضي) ليرتفع بها المطلوب إن كان في مصر الحكّام أو على الأميال اليسيرة؛ ولا يشخّص من البعد خصما ولا شاهدا. والبعد ستّون ميلا ذكره سحنون في العتبيّة."[217] قلنا محلّ كلام خليل وابن سلمون إذا كان في وسع القاضي جبر المطلوب على الحضور. أمّا إذا سلب من القاضي قوّة الجبر على الحضور كما جاء به الفصل الأوّل من الأمر العليّ المذكور؛ فإنّ المطلوب الممتنع من الحضور يصير بمنزلة المتغيّب لانتفاء مقدرة القاضي في كلّ منهما على الإحضار. وقد صرّح بهذا المعنى ابن فرحون في تبصرته والشيخ التّسولي في حواشي الزّقاقيّة. ففي صفحة 51 من الحاشية المذكورة ما نصّه: والحاصل أنّ المتغيّب إذا ثبت تغيّبه وعصيانه؛ وفي معناه المريض والمحبوس يمتنعان

[217] هي المسمّاة بالمستخرجة أيضا. وهي لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عقبة بن حميد بن أبي عقبة العتبي الأندلسي. سمع من يحيى بن يحيى ورحل فسمع من أصبغ وسحنون. وكان حافظا للمسائل جامعا لها عالما بالنّوازل . أثنى عليه ابن لبابة وكان يراه منقطع القرين في الفقه والفهم. قال ابن لبابة: هو الذي جمع المستخرجة وكثر فيها من الروايات المطروحة والمسائل الشّاذة. وكان يأتي بالمسألة الغريبة فإذا أعجبته قال دخّلوها في المستخرجة. وقال ابن وضّاح في المستخرجة خطأ كثير. توفي العتبي ستة 255 وقيل سنة 254.

فائدة في تفسير اصطلاح العتبي وابن رشد في البيان. وقوله في رسم القبلة مثلا؛ وفي رسم حبل الحبلة ورسم سلف ونحو ذلك. وذلك أنّ العتبي رحمه الله لمّا جمع الأسمعة سماع ابن القاسم وسماع أشهب وابن نافع عن مالك، وسماع عيسى بن دينار وغيره من ابن القاسم كيحيى بن يحيي، وسحنون وموسى بن معاوية وزونان ومحمد بن خالد وأصبغ وأبي زيد وغيرهم؛ جمع كلّ سماع في دفاتر وأجزاء على حدة؛ ثم جعل لكلّ دفتر ترجمة يعرف بها وهي أولّ ذلك الدفتر، فدفتر أولّه الكلام على القبلة وآخر أولّه حبل الحبلة وآخر أوّله جاع فباع امرأته وآخر أخذ يشرب خمرا ونحو ذلك. فيجعل تلك المسألة التي في أوله لقبا له؛ وفي كل دفتر من هذه الدّفاتر مسائل مختلطة من أبواب الفقه؛ فلمّا رتّب العتبيّة على أبواب الفقه جمع في كلّ كتاب من كتب الفقه ما في هذه الدّفاتر من المسائل المتعلّقة بذلك الكتاب؛ فلمّا تكلم عن كتاب الطهارة مثلا؛ جمع ما عنده من مسائل الطهارة كلّها؛ ويبدأ من ذلك بما كان في سماع ابن القاسم؛ ثم بها كان في سماع أشهب وابن نافع؛ ثم بما في سماع عيسى بن دينار؛ ثم بما في سماع يحيى بن يحيى؛ ثم بما في سماع سحنون؛ ثم بما في سماع موسى بن معاوية؛ ثم بما في سماع محمد خالد؛ ثم بما في سماع زونان وهو عبد الملك بن الحسن، ثم بما في سماع محمد بن أصبغ؛ ثم بما في سماع أبي زيد. فإذا لم يجد في سماع أحد منهم مسألة تتعلّق بذلك الكتاب أسقط ذلك السّماع. وقد تقدّم أنّ كلّ سماع من هذه الأسمعة في أجزاء ودفاتر فإذا نقل مسألة من دفتر عيّن ذلك الدفتر الذي نقلها منه؛ ليعلم من أيّ دفتر نقلها إذا أراد مراجعتها واطّلاعه عليها في محلّها؛ فيقصد الدّفتر المحال عليه ويعلمه بترجمته. اهـ. فتكون الأسمعة كالأبواب للكتاب. والرّسوم التي هي التّراجم بمنزلة الفصول للأبواب.

من التّوكيل؛ يحكم عليه القاضي بعد التلوّم بالاجتهاد؛ سواء تغيّب من أوّل الأمر أو بعد إن أنشب الخصومة. اهـ. فجعلهما المريض والمحبوس الممتنعين من التّوكيل بمنزلة المتغيّب؛ يفصح بأنّ العوارض الحائلة دون إحضار المطلوب تجعله بمنزلة المتغيّب.

المبحث الثّاني في حضور المطلوب وامتناعه من الجواب

إذا حضر المطلوب وامتنع من الإقرار والإنكار؛ بأن قال لا أجيب أو لا أقرّ ولا أنكر؛ أو قال لا أجيبك حتى تبيّن لي هل ما تدّعي عليّ برسم أو بغير رسم، ففي ذلك ثلاثة أقوال، الأوّل يجبر المطلوب على الجواب بالسّجن ثم بالضّرب إن لم يزدجر بالسّجن، وذلك بحسب الاجتهاد، فإن تمادى على إبايته حكم للطّالب بدون يمين على الصّحيح؛ بناء على أنّ الامتناع بمنزلة الإقرار وقيل بيمين؛ بناء على أنّ الامتناع بمنزلة النّكول. وقيل لا يسجن ولا يؤدّب ويعدّ ذلك نكولا منه، فيقضى للمدّعي بما ادّعى بعد يمينه، وهو لأصبغ[218]، وإن كان من الحقوق التي تثبت باليمين؛ كلّف المدّعي البيّنة وقضي له. وبالقول الثالث صدرت أحكام مجلسيّة، لما ذكره ابن سهل في أحكامه بعد أن ذكر قول مالك وقول أصبغ رحمهما الله، من أنّ القاضي مخيّر في الأخذ بأيّهما رآه سدادًا. اهـ. وقول أصبغ أنسب بالظّروف[219]. وإذا قال المطلوب لا أدري هل عليّ شيء مما يدعي، وجّه القاضي عليه اليمين. فإن حلف قيل للطّالب أثبت حقّك، وإن نكل عن اليمين جرى عليه حكم الملدّ عن الجواب. ومثله إذا قال لا أجيبك حتى تقيم بيّنتك، فلو طلب المطلوب بعد أن وجّهت عليه الدّعوى أن يترك ليتثبّت ويذكر، ضرب له أجل غير بعيد.

[218] هو أصبغ بن الفرج بن سميد بن نافع. مصريّ محدّث فقيه، سمع من ابن القاسم و أشهب وابن وهب. وتفقّه به ابن الموّاز وابن حبيب وابن مزين وغيرهم. من مؤلّفاته كتاب الأصول وتفسير حديث الموطأ وكتاب سماعه من ابن القاسم. توفي بمصر سنة 225.

[219] لأنّ الجبر بالسّجن والضّرب صار متعذّرا بسبب الحجر على القاضي استعمال هذا التّأديب وخاصّة الضرب.

ولو طلب المطلوب أن لا يجيب حتى يوكّل. فإن كانت الدّعوى بسيطة سهلة، أمر بالجواب في الحال ووكّل بعد، وإن كانت ذات فصول أمهل. هذا الذي عليه عمل قضاة تونس؛ ففي حاشية القاضي ابن سلامة على التّادوي ما نصّه : "والذي عليه العمل عندنا عدم التّوكيل في المجلس فيما سهل، ولو كان المدّعى عليه ممّن لا يباشر الخصومات، ولكنّه يجيب ثم يوكّل، وشاهدنا به القضاء وبه نقضي. وفي حاشية الشّريف على الزّقاقيّة: حضرت مجلس قاضي الحاضرة أبي حفص المحجوب[220] وقضى بإلزام الجواب من ليس من أهل مباشرة الخصام.

ولو قال لا أجيب لأنّي أريد التّحاكم بين يدي القاضي الحنفيّ، صرف إلى الحاكم الذي يريد المخاصمة عنده، بناء على ما جاء في ترتيب دار الشّريعة من أنّ الخيرة للمطلوب. وهو خلاف ما جرى عليه خليل في مختصره حيث قال "وجاز تعدّد مستقلّ أو خاص بناحية أو نوع، والقول للطّالب ثم من سبق رسول وإلاّ أقرع" اهـ. قال الشيخ حلولو[221] في شرحه: إذا تنازع الخصمان عند من يكون تحاكمهما من القاضيين؛ فقال بعض الشّيوخ يكون الحكم عند من يقول الطّالب، وقال غيره يكون عند أقربهما مكانا، فإن استوى المكانان أو كان واحد منهما طالبا؛ فأشار المازريّ إلى أنّه يكون الخصام عند من جاء رسوله أوّلا منهما، فإن لم يوجد وجه يقع التّرجيح به أقرع بينهما حينئذ، فإن قيل كيف يمكّن الحاكم المطلوب من المحاكمة عند غيره ويفعل خلاف مشهور مذهبه؛ وهل القاضي يحكم بالأوامر والقوانين أو

[220] هو عمر ابن العلاّمة قاسم المحجوب المساكني التّونسي. أخذ عن والده وحمّودة بن عبد العزيز والغرياني. وأخذ عنه إسماعيل التّميمي وإبراهيم الرّياحي وغيرهما. توفي سنة 1222.

[221] هو أحمد بن عبد الرحمان اليزليطني القروي عرف بحلولو. تولّى قضاء طرابلس ثم صرف عنه. أخذ عن البرزلي والقلشاني وابن ناجي. من مؤلّفاته شرح المختصر الخليلي وشرح تنقيح القرافي وشرح جمع الجوامع. كان حيّا سنة 875.

يحكم بمشهور مذهبه، قلت لا حرج على القاضي في تمكينه المطلوب ممّا اختاره، لأنّ القاضي يكون معزولا عن القضاء، في صورة ما إذا اختار المطلوب التّقاضي عند غيره، بمقتضى أمر الأمير، فلم يحكم بخلاف مذهبه وإنّما تخلّى عن القضيّة لعزله عنها. وقد نصّ العلماء على أنّ ولاية القضاء تخصّص باعتبار الزّمان والمكان والنّوع. وقد حكى الشيخ حلولو في شرح المختصر عند قول خليل "وجاز تعدّد مستقلّ" أنّه جرت العادة بتونس بإفراد قاض للنّساء في الأنكحة وتوابعها. ونقل عن شيخه أنهم إذا اختلفوا في قضية هل هي من عمل الأنكحة حكم فيها قاضي الجماعة لأنّ ولايته أعمّ لأنّ الآخر كالنّائب عنه وإن كان إنّما يوليه السلطان. اهـ. واشتهر التّعبير عن إرادة المطلوب التقاضي لدى قاضي المذهب الآخر بقولهم متمسّك[222].

ولو قال المطلوب لا أجيب حتى آخذ نسخة من المقال لأتأمّل فيه، أجيب إلى مطلبه ومكّن من أخذ النّسخة، وأجّل على الجواب عن الدّعوى بعد إحضار النّسخة بما يراه الحاكم، والغالب التّأجيل بثلاثة أيّام إذا حضر المطلوب بنفسه. فإن حضر وكيله زيد على الأيّام الثلاثة وروعي قرب بلد الموكّل وبعده، وما تستدعيه مفاهمة الوكيل مع موكّله من الزّمان. ويتعيّن على القاضي أن يجيب الطّالب للنّسخة. في المقال والجواب والشّهادات والوثائق غير الاسترعائية. نصّ على ذلك المتّيطي وابن سهل وابن سلمون. واختلف في تمكين المحكوم من نسخة الحكم إذا طلبها. فأفتى التّاودي بلزوم ذلك، وأفتى ابن عبد الصّادق[223] شارح المختصر بعدم تمكينه، وعملنا

[222] أدخلت تنقيحات على ما يقبل فيه تخيير المطلوب المعبّر عنه بالتمسّك، وصار العمل على ما جاءت به المجلّة الشرعية للمرافعات في الباب الثّالث في تخيير المطلوب. وتغيّر كثير ممّا جاء في هامش الطّبعة الأولى (انظر الملاحق).

[223] هو محمد بن عبد الصّادق الدّكالي الفقيه النّوازلي المفتي. أخذ عن يعيش الشّاوي وناب عنه في القضاء. توفي سنة 1175.

جار على ما أفتى به التّاودي. وأمّا وثائق الاسترعاء فقال ابن هارون[224] في اختصار المتيطيّة لا يجب توقيف المطلوب عليها وإنّما يعذر إليه فيها عند ثبوتها. اهـ. وعلّله الونشريسي في الفائق بأنّ له أن يقول : اذهب إلى من شهد لي يقيّد لك شهادته كما قيّدها لي، إذا كانوا حضورًا. وقال ابن سلامة في حاشيته لا يعطى للمدّعى عليه نسخة من الاسترعاء، لأنّ القاضي يمسك الوثيقة عنده ويسألهم. فإن ارتابوا أو زادوا أو تفصّوا أبطلها؛ بخلاف شهادة التحمّل فحسب الشّهود أن يقولوا : ما فيه أشهدنا به ونعرف المشهود عليه؛ ولهم الزّيادة والنّقص إن كانوا من أهل التّبريز ويقبل منهم النّسيان، بخلاف الاسترعاء، فلم يكن لأخذ نسخة من الاسترعاء فائدة؛ إذ لو خالفوا لبطلت؛ بخلاف شهادة التحمّل فكان له في التحمّل أن يقول: لي مخرج في التخلّص من الإعذار بتذكير الشّهود ما نسوه، دون الاسترعاء فليس له ذلك. والوسيلة التي لا يترتّب عليها مقصد لا تشرّع أبدًا. اهـ. قلت الجاري اليوم هو تمكين الخصم من أخذ نسخ الاسترعاء كوثائق التملّك ووثائق الطلاق الاسترعائيّة؛ وكأنّ ما أطبقت عليه كلمتهم مبنيّ على أنّ وثائق الاسترعاء كانت تؤدّى الشهادة بها عند الحاكم، وهو الذي يقيّدها، أما اليوم فالأداء يكون عند عدلين يأذنهما الحاكم بالرّفع على الشّهود وكتب شهادتهم وتزكية المزكّين لهم. ويختم الآذن بختمه على كلّ من الشّهادة والتّزكية، ويخاطب عليها، وبذلك صارت مثل الوثائق الأصليّة. أما ما ذكره الشّيخ ابن سلامة في التّعليل ففيه نظر، وكلامهم في مبحث النّقصان والزّيادة في الشّهادة يتناول الوثائق الاسترعائيّة وغيرها، بدليل أنّ غالب مثلهم لذلك من وادي الوثائق الاسترعائيّة كما في شرحي التّاودي والتّسولي للتّحفة. وما ذكره من أنّ القاضي

---

[224] هو محمد بن هارون الكناني التونسي أحد شيوخ ابن عرفة. وصفه ابن عرفة ببلوغ رتبة الاجتهاد المذهبي. من تآليفه مختصر المتيطيّة؛ أسقط منها نحو الثلثين. مولده سنة 680 وتوفي سنة 750.

يمسك الوثيقة عنده ويسألهم؛ يقال عليه إن اعتبر أنّ ما عند الحاكم هو الأداء فلا تضرّ الزّيادة والنّقص لما بالوثيقة. ففي التّسولي. وهذا فيما إذا زاد أو نقص بعد الأداء، وإلاّ فيعمل على ما أدّى به؛ مبرّزا كان أم لا، وإن اعتبر أنّ الأداء ما وقع عند الشّهود، وهو الحقّ، كان سؤال الحاكم للشّهود غير لازم، إذ ذلك من قبيل الاستفسار المسمّى بالاستفصال وهو إنّما يفعل إذا احتيج إليه، وهل هو من حقّ القاضي أو من حقّ الخصم أو من حقّهما؛ أقوال، وقد بسط شرّاح الزّقاقية المسألة أتمّ بسط ووزنوها بالموازين القسط، عند قول الزّقاق "وكثرن بغير عدول واجتهد وتأمّلا" من مبحث فصل في مسائل من أحكام القضاء والشّهادة. على أنّ التّسولي في حاشية الزقاقيّة صرّح في صفحة 69، بأنّ الذي لا يعطى هو النّسخ من وثائق الاسترعاء للاستفصال، أمّا النّسخة من وثيقة الاسترعاء للأعذار فتعطى.

وأخذ النّسخ يكون لأغراض منها سؤال الشّهود عنها ليذكروا ما شهدوا به لعلّهم يرجعون، ومنها سؤال أهل العلم عنها ليأتي بمدفع فيها، ومنها تأمّل معانيها والوقوف عند فصولها، ومنها تعلّق حقّه بها؛ وسيأتي إن شاء الله بسط الكلام في الغرض الأخير في مبحث أخذ النّسخ والمضامين من باب الشهادات. انظر شرّاح التّحفة عند قولها : "فالحكم نسخه وضرب الأجل"، والبيت بعده.

المبحث الثّالث في حضور المطلوب وجوابه بالإقرار

إذا حضر المطلوب وأجاب عن الدّعوى بالإقرار؛ فإنّ القاضي يشهد عدلين على إقراره ثم يحكم عليه، ولا يحكم عليه قبل الإشهاد على إقراره؛ ففي التّوضيح: مذهب مالك وابن القاسم أنّ القاضي إذا سمع قول الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عليه بإقراره شاهدان، ثم يرفعان شهادتهما إليه، وذهب مطرّف[225] وابن الماجشون[226] وأصبغ وسحنون إلى أنّه يحكم بما سمع وإن لم يشهد عنده بذلك. والأوّل المشهور. اهـ. وفي ابن سلمون ويعتمد القاضي على علمه في التّجريح والتّعديل اتّفاقا؛ ولا يحكم بعلمه في شيء من الأشياء، كأنّ ممّا أقرّ به أحد المتحاكمين عنده أو لا، إلاّ أن يشهد عليه بذلك شاهدا عدل، قاله ابن القاسم وبه العمل، وقال ابن الماجشون يحكم عليه لما أقرّ به عنده، وإن لم يشهد عليه وهو قول عيسى[227] وأصبغ وسحنون؛ وليس به عمل. ومثله في المفيد وابن مرزوق عن النّوادر. فالخلاف هل يقدّم على الحكم بما سمعه ابتداء قبل الإشهاد عليه أم لا، وعلى الأوّل يحكم ولو أنكر المقرّ؛ وعلى الثاني هو المشهور لا يحكم إلاّ إذا استمرّ على إقراره. هذا ما قرّره به الشّيخ مصطفى[228]

[225] هو أبو مصعب مطرّف بن عبد الله بن مطرّف بن سليمان بن يسار الهلالي المدنيّ؛ من أصحاب إمام دار الهجرة؛ خرّج له البخاري في الصحيح. توفي سنة 220 وسنّه ثلاث وثمانون.

[226] هو عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون القرشي مفتي المدينة؛ من بيت علم وحديث. تفقّه بأبيه وبإمام دار الهجرة. وتفقّه به أيمّة كابن حبيب وسحنون وابن المعذّل. توفي سنة 212.

[227] هو أبو محمد عيسى بن دينار بن وهب القرطبي القاضي العادل. لم يسمع من مالك وسمع ابن القاسم وحصبه وعوّل عليه وله عشرون كتابا في سماعه عنه. وبه بيحيى ابن يحيى انتشر علم مالك بالأندلس. توفي ببلده طليطلة سنة 212.

[228] هو مصطفى بن عبد الله بن موسى الرّماصي من بلد قريب من مازونة. له حاشية على شرح التّتائي للمختصر اقتعدت صهوة الإجادة وتحرير الفقه؛ وعليها معوّل حواشي الزّرقاني توفي وقد أسنّ سنة 1136.

المسألة، واستشهد عليه بكلام للإمامين اللخمي[229] وابن رشد[230]، ساقه التّاودي في شرح الزقّاقية واعتمد كلام مصطفى البنّاني[231] والرّهوني. وإذا فرعنا على المشهور من عدم الحكم بالإقرار. فإذا أنكر إقراره قبل الحكم عليه وحكم القاضي بمقتضى إقراره؛ نقضه هو فقط إذا كان الإقرار في مجلس القضاء؛ ونقضه هو وغيره إن كان إقراره قبل مجلس القضاء.

وإذا أقرّ المطلوب فطلب المدّعي تقييد إقراره بالشّهادة، أجابه القاضي. وللحاكم أن ينبّه المدّعي إلى ذلك؛ لما فيه من تحصين الحقّ وقطع النّزاع وتقليل الخصام. وليس ذلك من تلقين الخصوم المنهيّ عنه. قال في التّبصرة: ولا بأس أن يلقّن أحدهما حجّة عجز عنها. اهـ. ولا يجوز أن يلقّن الخصم ما يبطل به حقا أو يثبت به باطلا، لأنّه من باب التّعاون على الإثم والعدوان. فلذلك قدح في العدالة. فلو علم الإنسان أنّ الخصم مظلوم؛ جاز تلقينه ما ينفعه؛ لأنّه من باب إنقاذ المظلوم من الظّلامات. قاله البرزلي؛ وعليه يحمل ما اشتهر عن ابن علوان[232] المفتي التّونسي. ومما روي في ذلك أنّ امرأة وصيّا على ولدها ضيّق عليها أولياء زوجها، وأقاموا عليها بيّنة أنّها

---

[229] هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللّخمي القيرواني، انتهت إليه الرئاسة. تفقّه بابن محرز والسّيوري والتونسي. وتفقّه به الإمام المازري وأبو يحيى بن الضابط وعبد الحميد الصّفاقسي، له تعليق على المدوّنة سماه التّبصرة من الكتب المعتمدة في المذهب. توفي بصفاقس سنة 478.

[230] هو القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي زعيم الفقهاء وحافظ المذهب والمرجع في حلّ المشكلات. من مؤلّفاته البيان والتّحصيل والمقدّمات. مولده سنة 455 وتوفي سنة 520.

[231] هو محمد بن الحسن البنّاني النّحرير الواسع الاطّلاع. من بيت علم. أخذ عن الشيخ أحمد بن مبارك والشيخ محمد جسوس وقريبه محمد بن عبد السلام البنّاني. من أشهر مؤلّفاته حاشية على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني. مولده سنة 1136 وتوفي سنة 1194.

[232] يحتمل أن يكون المقصود أحمد بن علوان التونسي الشّهير بالمصري المتوفّى بالإسكندرية سنة 787 – أو عمر بن محمد بن علوان التونسي المتوفى سنة 710 أو سنة 717 – أو محمد بن أحمد بن علوان الشهير بالمصري التونسي المتوفى سنة 827.

سفيهة لا تصلح للتّقديم؛ فأمرها أن تعترف بين يدي القاضي بالسّفه، وإذا طلبوها في المال تدّعي تلفه في أيام السّفه؛ ففعلت وسرّحها القاضي؛ نقله الشّريف في حواشي الزّقاقيّة.

المبحث الرّابع في حضور المطلوب وجوابه بالإنكار

إذا أجاب المطلوب بالإنكار يلزم أن يكون الإنكار صريحًا. ولا يكتفي منه بالإنكار الضّمني. ويلزم أن يكون بصيغة الجزم فلا يكفي، ما أظنّ أنّ له عليّ شيئا. صرّح به في التّبصرة، وفي المذهب لابن راشد والحاوي للبرزلي: إذا ادّعى الطّالب دعوى مخصوصة فأجابه المطلوب بجواب يعمّها ويعمّ غيرها؛ كقوله لا حقّ لك قبلي؛ فمذهب ابن القاسم في المدوّنة لا يقنع منه بذلك؛ ومذهب مطرّف وابن الماجشون كفاية ذلك. فعلى ما في المدوّنة وهو الرّاجح؛ يلزم المطلوب أن يجيب بإنكار الوجه الذي ذكره الطّالب أو يقرّ به؛ فإن أبى عدّ كالممتنع من الجواب وجرى عليه حكم الملدّ، ويترتّب على الخلاف إن ادّعت امرأة على رجل أنّ في ذمّته ألف درهم نصف صداقها الواجب لها بطلاقها منه قبل الدخول؛ فأنكر وقال لا حقّ لها عليّ؛ فقبل الحاكم منه هذا الجواب وطالبها بالبيّنة فأدلت بها؛ فأقام الزّوج بيّنة تشهد بدفع نصف الصداق لها أو بإسقاطه عنه، فإن بيّنته تقبل لأنّه لم يكذّبها بإنكاره، بخلاف ما لو أجاب بإنكار السّبب الذي ادّعته، كأن ينكر التزوّج والطّلاق وأنّ بذمّته ألف درهم قدر نصف الصّداق الواجب لها. فإنّ المرأة إذا أدلت ببيّنة تشهد بما ادّعت. فعارضها المطلوب ببيّنة تشهد بإسقاطها نصف الصّداق عنه أو تشهد بدفعه نصف الصّداق لها، فإنّ بيّنته لا تقبل، لأنّه أكذبها حيث تضمّنت بيّنته ثبوت التزوّج والطّلاق، وهو قد نفى ذلك. والمسألة من باب الإقرار الحاصل بالتضمّن؛ لأنّ إنكاره التزوّج والطّلاق يتضمّن الإقرار بكذب بيّنته الشّاهدة له بالقضاء، إذ القضاء فرع

ثبوت التزوّج والطّلاق، وقد أقرّ بنفيهما، لكن عدم القبول قيّد بقيدين. أحدهما أن يكون المدّعى عليه ممّن يعلم أنّ الإنكار يضرّه، فإن كان ممّن يجهل ذلك ولا يفرّق بين لا حقّ لك عليّ وبين لم أتزوّج مثلا، فيعذر بالجهل، إلاّ إذا حقّق عليه وقيل له أنت تنكر هذا أصلا، فإذا قامت عليك بيّنة فلا تسمع بيّنتك، فإنّه إذا استمر على إنكار السّبب لم تسمع بيّنته. ذكر هذا القيد الرّعيني[233] ونقله عن مالك. وهو قول عيسى ابن دينار عن ابن القاسم، وقيّد به ابن ناجي المسألة، وشرّاح المختصر كلام خليل، الثّاني أن يكون ذلك في غير الحدود والعقّار، أما فيهما فتقبل البيّنة ولا يضرّه الإنكار؛ هذا قول ابن القاسم وابن كنانة[234] وهذا كأن يدّعي أنّه قذفه فينكر، فيقيم المدّعي بيّنة بذلك، فيقيم المدّعى عليه بيّنة بالعفو فإنّها تنفعه. وكأن يقول القائم بعتك هذه الدّار فأقضني ثمنها، فينكر المطلوب البيع، فيقيم المدّعي بيّنة ببيعها له، فيقيم المدّعى عليه بيّنة بدفع الثمن فينفعه. قال الزّرقاني[235] ولعلّ الفرق أنّ الحدود يتساهل فيها لدرئها بالشّبهات. والأصول يظهر فيها انتقال الملك، فدعوى أنّها ما دخلت في ملك غير الحائز لا يلتفت إليها، فكأنّه لم يحصل ما يكذّب البيّنة التي أقامها.

ولو أجاب المطلوب بأنّ المدّعى فيه بيد فلان، طولب ببيان هل يدّعي أنّ له فيه حقّا، فإن نفى استحقاقه منه سجّل عليه ذلك، ووجّه الطّالب الدّعوى على ذي اليد. ولو قال ليس لي فيه شيء، هو حبس على أولادي، أو هو ملك لفلان، فيقال

---

[233] هو محمد بن عبد الجبار الرّعيني السّوسي الفقيه المعمّر، أخذ عن القاضي أبي يحيى بن الحدّاد تلميذ الإمام المازري. مولده سنة 567 وتوفي بتونس في ذي القعدة سنة 662.

[234] هو عثمان بن عيسى بن كنانة. من أشهر أصحاب الإمام مالك وجلس مجلسه بعد وفاته. وجلس مجلس مالك بعد ابن كنانة عبد الله بن نافع المعروف بالصّائغ، أحد أصحاب مالك الأثبات المتوفي بالمدينة في رمضان سنة 186 – توفي ابن كنانة سنة 186 وقيل سنة 185.

[235] هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزّرقاني. أخذ عن الأجهوري واللّقاني والشبراملسي. له شرح على المختصر الخليلي مشهور متداول في مصر وتونس والمغرب. مولده سنة 1020 وتوفي سنة 1099.

للمدّعي أقم البيّنة أنّه لك فإنّ هذا لا ينازعك. إلاّ أن يثبت المدّعى عليه ما ذكر، فتقف الخصومة على حضور من يثبت له عليه الولاية. ولو قال ليس لي أو لمن لا أسمّيه، فلا يمنع من تمام الحكومة. ولو قال هو لفلان، فإن كان فلان حاضرًا وادّعاه، فللمدّعي تحليفه فإن نكل، حلف المدّعي وأخذ المدّعى فيه. وإن حلف المقرّ له فللمدّعي تحليف المقرّ لأنّه أتلفه عليه بإقراره، فإن نكل حلف المدّعي وأخذ قيمة المقرّ به من المقرّ. وإن كان غائبا، فإن أثبت ذلك بالبيّنة انصرفت الخصومة عنه إلى الغائب، وإلاّ لم تنصرف، لأنّه يتّهم أن يكون أراد صرف الخصومة عن نفسه إلى الغائب وتلزمه اليمين، فإن نكل أخذ المدّعي ذلك من غير يمين. فإن جاء المقرّ له فصدّق المقر أخذه، لأنّه انكشف أنّ الأوّل ليس له فيه شيء. وما ألزمناه اليمين إلاّ لتهمة صرف الخصومة. ولو علمنا صحّة الإقرار لأوقفناها إلى الغائب. انظر الفائق[236] لابن راشد القفصي[237] اهـ. من حاشية ابن سلامة من مبحث فصل في المقال والجواب.

---

[236] وقع تحريف في الطّبعة الأولى وسقوط بعض جمل من كلام الفائق أشكل معها ليس المعنى. ونصّ كلام الفائق: «الصّورة الثّانية أن يكون إنكاره بإقرار لغيره؛ مثاله أن يدّعي عليه في ملك بيده فيقول لبس لي فيه شيء وإنما هو وقف على الفقراء أو على ولدي أو هو ملك طفل سمّاه؛ فيقال المدّعي أقم البيّنة أنّه لك فإنّ هذا لا ينازعك فيه؛ إلا أن يثبت المدّعى عليه ما ذكره من ذلك؛ فتقف الخصومة على حضور من يثبت له عليه الولاية. ولو قال هو لمن لا أسمّيه فلا يمنع أيضا من تمام المحاكمة. ولو قيل هو لفلان؛ فإن كان فلان حاضرا وادّعاه فللمدّعي تحليفه؛ فإن نكل حلف المدّعي وأخذ المدّعى فيه. وإن حلف المقرّ له فللمدّعي تحليف المقرّ لأنّه أتلفه بإقراره؛ فإن نكل حلف المدّعي وأخذ قيمة المقرّ به. وإن كان غائبا فإن أثبت ذلك ببيّنة انصرفت الخصومة عنه إلى الغائب؛ وإن لم يثبت ذلك ببيّنة لم تنصرف عنه الخصومة إذ يتّهم أن يكون أراد صرف الخصومة عن نفسه إلى الغائب. ولزمته اليمين؛ فإن نكل أخذ المدّعي ذلك بغير يمين. فإن جاء المقرّ له فصدّق المقرّ أخذه؛ لأنّه انكشف أنّ الأوّل ليس له في شيء. ونحن إنّما ألزمناه اليمين لاتّهامنا له في صرف الخصومة؛ ولو علمنا صحّة إقراره لأوقفنا المخاصمة على حضور الغائب.» اهـ. من كتاب القضاء مبحث الجواب من الفائق.

[237] هو محمد بن عبد الله بن راشد القفصي. أخذ من علماء تونس ورحل إلى مصر فأخذ عن ابن المنيّر وابن دقيق العيد والشّهاب القرافي، له مؤلّفات قيّمة مفيدة من أشهرها الفائق في الأحكام والوثائق وشرح مختصر ابن الحاجب، توفي في تونس سنة 736.

وإذا حصل الجواب بالإنكار فأراد الطّالب الإعراض عن الدّعوى فمن حقّ المطلوب أن يلزمه بإتمام الخصومة إلى أن تنتهي بالحكم، ويجيب الحاكم المطلوب إلى طلبه ويأمر الطالب بذلك، فإن أبى حكم القاضي بأن لاحقّ له. ذكر المسألة الزّرقاني في شرح المختصر في مبحث الصّيد، عند قول خليل "وتملّك الصّيد المبادر وإن تنازع قادرون فبينهم" ونصّه : لو تكرّرت شكوى شخص لآخر، فإنّ للمشتكي أن يرفع الشّاكي للحاكم ويقول له: إن كان عندي شيء فيدعى به؛ فإن أبى في ذلك حكم عليه بأن لاحقّ له بعد ذلك، وليس عليه شكوى. قطعًا للنزاع. وقد حكم بها البدر القرافي[238] والبرموني[239] وقالا : هي مشهورة في المحاكم بمسألة قطع النّزاع المختصّة بمذهب المالكيّة. اهـ. وقد صرّح بمثل هذا ابن مرزوق في شرح المختصر الخليلي عند قوله "وإن أنكر، قال ألك بيّنة، فإن نفاها واستحلفه فلا بيّنة". ونصّه قول (المص) "واستحلفه" لا يعطي بمفهومه أنّه لم يستحلفه وأراد البقاء على حقّه أنّه يمكّن من ذلك، بل إذا طلب المطلوب تعجيزه وحلفه له، ليرتفع عنه الطلب، كان له ذلك على مذهب ابن القاسم.

المبحث الخامس في تغيّب المطلوب بعد إنشاب الخصام

إذا تغيّب المطلوب في أثناء الخصام، فإن كان تغيّبه بعد استيفاء حججه، حكم عليه بلا تلوّم وعجزه، فلا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجّة، بمنزلة أن لو قضى عليه وهو حاضر. وإن كان تغيّبه قبل أن يستوفي جميع حججه تلوّم له. وإذا تمادى على المغيب، قضى عليه من غير تعجيز. وإذا كان التغيّب بعد الحكم وبقيت له اليمين،

---

[238] هو القاضي بدر الدين محمد بن يحيى القرافي. توفي سنة 1008.

[239] هو كريم الدين عبد الكريم البرموني المسراطي. أخذ عن النّاصر اللّقاني. كان حيّا سنة 998.

وكّل القاضي من يقضيها له وأشهد بذلك، انظر شرّاح التّحفة عند قولها "ومن ألدّ في الخصام وانتهج" الأبيات.

المبحث السّادس في غيبة المطلوب عن إيالة القاضي

إذا كان المطلوب غائبا عن إيالة القاضي، فلا يخلو من حالتين: الأولى أن يكون خارجًا عنها، لأنّ ذلك هو وطنه ومحلّ قراره، وفي هذه الحالة يؤمر الطّالب بالذّهاب إلى بلد المطلوب ليخاصمه لدى حكّامه. ويتنزّل على هذه الصّورة قول التّحفة:

والحكم في المشهور حيث المدّعى ❁ عليه في الأصول والمال معًا

ووجه ذلك أنّه لم يُولّ الحكم بين جميع النّاس، وإنّما ولي على أهل البلد خاصّة، فليس له أن يحكم إلاّ على رجل حاضر البلد، أو على مال له بذلك البلد أو حميل، أو وكيل، قاله ابن عرفة[240] ونحوه للمتّيطي؛ انظر حاشية الشريف عند قول الزقّاقية: "ومن غاب عن قرب كمن هو حاضر" في الورقة 4. الحالة الثّانية أن يكون خارجًا عن إيالة القاضي لزيارة أو تجارة أو نحوهما. وهو متوطّن بمحل ولاية القاضي، أو له مال بها أو وكيل أو حميل؛ فيتناول القاضي القضيّة، وحينئذ فإمّا أن يكون الغائب قريب الغيبة، أي على مسافة ثلاثة أيام ونحوها مع الأمن أو متوسّطها؛ أي على مسافة عشرة أيّام ونحوها، ومثلها الثلاثة مع الخوف، أو بعيد الغيبة، بأن

[240] هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمّي التونسي، عالم تونس؛ انتهت إليه الرئاسة وتولّى إمامة جامع الزّيتونة سنة 756 والخطبة به سنة 772 والفتيا سنة 773 – من مؤلّفاته القيّمة السائرة مختصره الفقهي. أخذ عنه من العلماء من لا يحصى كثرة، ومن أشهرهم البرزلي والأبّي وابن عقاب وابن ناجي وأحمد القلشاني، ومحمود القلشاني والغبريني والزّنديوي وابن علوان وابن الخطيب القسنطيني والزّغبي والوانوغي وابن الشّماع. توفي وقد أسنّ سنة 803 ومولده سنة 716.

يكون على مسافة شهرين، ومثلها إذا كان غير معلوم الموضع، ففي الغيبة القريبة يكتب القاضي إلى المطلوب إما أن يحضر أو يوكّل؛ ويضرب له أجلا يسع وصوله، أو وصول وكيله، ويسع الطّعن في البيّنة القائمة عليه. فإذا تمادى على المغيب ولم يجب بإقرار ولا إنكار؛ حكم عليه في استحقاق العروض والأصول وجميع الأشياء من الطلاق وغيره. ويباع عليه ماله من أصول وغيرها لقضاء ديونه أو نفقة زوجته؛ ولا ترجى له حجّة. ولكن لا يباع عليه ماله إلاّ بعد إثبات موجبات البيع؛ من الدّين أو النّفقة والغيبة وقربها؛ وأنّه أعذر له في القريبة فلم يقدم. وإنّ هذا البيع ملكه، وإنّه أولى ما يباع عليه؛ وحيازة الشهود له (أي تعيين موضعه وحدوده، إن لم تشهد بها بيّنة الملك) والتسوّق؛ وعدم الفاء زائد في الثمن. ولا يشترط بلوغ الثمن القيمة، لأنّ ذلك غاية المقدور؛ وإنّما الشّرط أن لا تقع عجلة في البيع ولا تقصير. قاله السّيوري[241] وابن رشد. والمراد بعدم العجلة؛ أن يضرب أجل شهرين يقع أثناءهما إشهاره للبيع. وما قرّر في بيع ربع اليتيم لإنفاق المحجور. وما ذكرناه من اشتراط ثبوت الملك للمبيع عليه، عوّل عليه غيرُ واحد، وصدر في الشّامل[242] بأنّه لا يحتاج إلى إثبات ملكه؛ وجعله ابن عبد السلام[243] ظاهر المذهب واختلف في اشتراط تسمية الشّهود، ولا يحكم بالطّلاق على الغائب حتى تثبت الزّوجيّة؛ وشرطها عليه الطّلاق بغيبته؛ إن كان الطّلاق به، أو ثبوت الإعسار بالنّفقة، إن كان الطّلاق به.

---

[241] هو عبد الخالق بن عبد الوارث السّيوري؛ من أعظم شيوخ القيروان. تفقّه بأبي بكر بن عبد الرحمان وأبي عمران الفاسي. وتفقّه به عبد الحميد الصّائغ واللخمي وعبد الحقّ الصّقلي وابن سعدون. له تعليق على المدوّنة وكان يحفظها. توفي وقد أسنّ بالقيروان سنة 460 أو سنة 462.

[242] مؤلّفه بهرام ابن عبد الله بن عبد العزيز الدميري الملقّب بتاج الدّين والمكنّى بأبي البقاء. من أكبر علماء مصر أخذ عن الشيخ خليل تآليفه وبه تفقّه. وأخذ عند الأقفهسي والبساطي. له شروح على المختصر الخليلي والشّامل، حاذى به المختصر في غاية التّحقيق. مولده سنة 724 وتوفي سنة 805.

[243] هو محمد بن عبد السّلام الهوّاري التّونسي. قاضي الجماعة بتونس أحد شيوخ ابن عرفة. له شرح على مختصر ابن الحاجب. توفي سنة 749.

وفي الغيبة البعيدة وما في معناها، والمتوسّطة حقيقة أو حكمًا؛ يحكم على الغائب، بعد يمين القضاء من الطالب، وترجى له الحجّة؛ ويسمّي القاضي الشّهود في سجلّ الحكم، أو في سجلّ مستقلّ يوضع بالمحكمة؛ ليجد الغائب عند قدومه مدفعا بتجريح الشّهود، لأنّه باق على حجّته. فإن لم يسمّ البيّنة، وحكم بلا تسمية نقض حكمه. ولا تفترق الغيبة البعيدة من المتوسّطة؛ إلاّ في الحكم باستحقاق عقّار الغائب؛ فيحكم به في البعيدة دون المتوسّطة؛ كما في التّحفة وشروحها. واختلف هل يقام للغائب البعيد وكيل للإعذار وغيره؛ فالمشهور أنّه لا يقام له وكيل؛ وأنّه إذا ثبت عليه شيء دفع عنه، وكان له إرجاء حجّته إذا قدم. وقال سحنون: يقام له وكيل ولا ترجى له حجّة. قال ابن ناجي: شاهدت شيخنا القاضي أبا عبد الله محمد بن قليل الهمّ[244] يحكم بالقيروان بالجمع بين القولين؛ فيقدّم له وكيلا؛ ثم هو على إرجاء حجّته. وهو الصّواب أخذًا بالاحتياط؛ لأنّ القاضي إذا قدّم له وكيلا، فهو لا يبالغ في الذّب عنه.

[244] تولّى بتونس قضاء الأنكحة وتوفّي سنة 807.



الفصل الثّالث
في المدّعي والمدّعى عليه

وفيه مباحث

المبحث الأوّل في بيان المدّعي والمدّعى عليه

يطلق المدّعي على الطّالب والمدّعى عليه على المطلوب، ويطلق المدّعي على المطلوب بالبيّنة على صدق دعواه؛ والمدّعى عليه على المطلوب باليمين، لردّ الدّعوى الخالية من بيّنة تدعمها. وهما بهذا الإطلاق مناط الوتر ومحور النّظر، ومحل الاهتمام؛ إذ بتمييز أحدهما عن الآخر؛ يتنكّب عن الخطإ في تكليف أحدهما بغير ما عيّنه الشّارع له. وقد ذكر فيهما تعريفات أقربها أنّ المدّعي من تجرّد قوله عن الأصل والعرف، والمدّعى عليه من عضده أحدهما؛ فإن شهد لأحدهما الأصل، وللآخر العرف؛ كان من شهد له العرف هو المدّعى عليه. ولدقّة تحقيق المناط وتطبيق القواعد على جزئياتها، صعب أمر القضاء؛ وكان علم القضاء أخصّ من فقه القضاء. وقد استعرض الفقهاء جملة من الأصول في بعض الأشياء؛ واختلفت الفتاوى والأحكام لاختلاف الأعراف المبنيّة هي عليها. وها نحن أولاء نسوق جملة صالحة مما ذكروه، مشبعة بأمثلة تكسب النّاظر بصيرة.

قالوا الأصل براءة الذمّة قبل تحقّق عمارتها، فإذا تحقّقت عمارة الذمّة، فالأصل استصحاب تلك الحالة حتى يتحقّق الرافع. وترتّب على هذا أنّ من ادّعى دينا على آخر فأنكر المطلوب، كان المنكر مدّعى عليه؛ لأنّ الأصل براءة الذمّة، وقد عضده هذا الأصل. فكان القول له بيمينه، إن لم تكن للمدّعي بيّنة. ولو اعترف المطلوب بالدّين،

وادّعى القضاء لكان الطالب هو المدّعى عليه، لأنّ الأصل استصحاب عمارة الذمّة بعد ثبوت شغلها، فكان القول له بيمينه إذا لم يكن للآخر بيّنة.

والأصل الصّحة، وزاعم المرض مدّع خلاف الأصل، فعليه البيّنة. فإذا وقع طلاق رجل لزوجته طلاقًا باينا ثم مات، فقامت المرأة على الورثة، تدّعي أنّه طلّق في المرض المخوف لترث؛ وأنكر الورثة ذلك، فعليها البيّنة، لأنها مدّعية خلاف الأصل. ولو شهدت إحدى بيّنتين أنّه تصدق وهو صحيح، وشهدت الأخرى أنّه تصدّق وهو مريض؛ قدّمت بيّنة الصحة. لأنهّا الأصل والغالب؛ قاله ابن القاسم، وستأتي المسألة إن شاء الله في مبحث تعارض البيّنات.

والأصل عدم العداء؛ فلو ادّعي على الطبيب العمد فيما زاد على المأذون فيه، وادّعى الطبيب الخطإ، فالقول قول الطبيب؛ واضطرب قول سحنون في الزّوج والسيّد يفقأ عين زوجته أو عبده، فيقول الزّوج أو السّيد: فعلت ذلك خطأ حين التّأديب، وتقول المرأة والعبد: فعل ذلك عمدًا. هل يحمل على الخطإ ويكون القول قول الزّوج والسيّد، أو يحمل على العمد، ويفرّق بين الطبيب وبين الزّوج والسيّد: بأنّ فعل الطبيب ابتدئ على الإذن، ولم يثبت الإذن في حقّ الزّوج والسيّد، ابن رشد الأظهر في السيّد[245] أن يحمل أمره على الخطإ إلاّ أن يعلم أنّه قصد به التّمثيل، وأما الزّوج فالذي أراه أن لا يحمل على الخطإ ولا على العمد، ولكن يكون كشبه العمد، وتكون فيه الدّية على الجاني (يعني بذلك أنّه لو حمل على الخطإ لكانت الديّة على العاقلة، ولو حمل على العمد لوجب القصاص)، زاد ابن رشد: وإن طلبت المرأة فراقه؛ وقالت أخافه على نفسي، طلّقت عليه طلقة باينة. اهـ.

---

[245] هذا الذي درج عليه خليل فقال في باب العتق «والقول للسيّد في نفي العمد» قال شارحه المواّق: رجع سحنون إلى أنّ من فقأ عين عبده أو عين امرأته؛ فقالا فعل بنا ذلك عمدا؛ وقال السيّد والزّوج بل أدّبتهما فأخطأت. أنّه لا شيء على السيّد ولا على الزّوج حتى يظهر العداء. والقول قول السّيد والزّوج. اهـ من شرح المواّق صفحة 335 ج 6.

والأصل فيمن ادّعي عليه العلم بالشّيء؛ الجهل حتى يثبت العلم. فإذا قام الشريك على مشتري حصّة شريكه بالشّفعة بعد سنة، مدّعيا عدم العلم بالبيع إلاّ وقت قيامه؛ وادّعى المشتري علمه بالبيع، فالقول للشّفيع بيمينه لأنّه مدّعى عليه.

والأصل هو الفقر لسبقه؛ لكنّ النّاس محمولون على الملأ لغلبته. فهذا من وادي ما تعارض فيه الأصل والغالب. ولهذا كان زاعم الإعسار — وإن وافقه الأصل الذي هو الفقر — مدّعيا، فهو المطالب بالبيّنة على الإعسار. فلو ادّعى على الزّوجة الطالبة إنفاقه إياها؛ أنّها عالمة بعدمه؛ توجّهت عليها اليمين؛ كما في المتيطيّة في مبحث النفّقات.

والأصل في العقود الصحّة؛ فمن ادّعى الفساد فهو المدّعى الذي عليه الإثبات؛ فإذا غلب الفساد؛ كان القول قول مدّعيه لأنّه المدعى عليه. ويكون من قبيل ما تعارض فيه الأصل والغالب. انظر شرح المنجور[246] على المنهج المنتخب في الورقة 119.

ومن الفروع التي كان حكمها مبنيّا على شهادة العرف، تمزيق رسم الدّين، أو قطع طرّته أو سطر بسملته، فإنّه يدلّ عادة على البراءة من الدّين، فلا يفيد المستظهر به شيئا. بخلاف محو ظاهر باطن به عقد ونحوه؛ فإنّه يستظهر على من قام به بيمين، بناء على عدم حصول عادة في هذه الصورة، كحصولها فيما مر. وإنّما ذلك ريبة وشبهة، يجب رفعها باليمين، كما ترفع ريبة التّزوير فيمن قام بعقد ظهرت فيه تلك الريبة، وشهدت بيّنة أنّ الشهادات التي فيه من وضع شهوده، وشهدت أخرى أنّها ليست من وضعهم، وإنّما هي مزوّرة عليهم، فطلبت يمين القائم به، لمكان البيّنة النّافية. والشّهادة المثبتة هي المقدّمة، قاله الشّيخ محمد عظوم[247] في الدّكانة.

---

[246] هو أحمد بن علي المنجور الفاسي. المستبحر في كثير من العلوم. توفّي سنة 995.

[247] هو محمد بن أحمد بن عيسى بن فندار القيرواني عرف بعظوم. أخذ عن البرزلي والزغبي وغيرهما، له من المؤلّفات مواهب العرفان والمباني اليقينيّة ورعاية الأمانة. كان حيّا سنة 889.

ومن الفروع التي وقع القضاء فيها استنادا للعادة؛ ما حكم به الشيخ أحمد القلشاني[248] قاضي الجماعة بتونس، في ساقية أحدثت بدرب أبي عائشة، واتّصلت إلى شارع باب المنارة، الذي تمرّ فيها فضلات مراحض دوره إلى أن تصل إلى الخندق المعدّ لذلك، وامتنع من الموافقة على إحداثها من تمرّ عليه وترافعا في ذلك، فحكم بتمكين المحدث ممّا أحدثه. بعد أن تذاكر في النّازلة مع الشيخ محمد عظوم؛ فاستظهر الحكم بذلك معلّلا بأنّ وضع الشوارع بتونس قد علم حين وضعها وتخطيط دورها، عدم حفر آبار لفضلات أهلها؛ ووضعوا السّواقي في شوارعهم لذلك؛ واستمرّوا على ذلك على تعدّد الأزمنة والأعصر. وأهل كلّ زقاق قد دخلوا على ما وجدوا عليه من تقدّمهم في ذلك؛ والحادث عهده تبع لمن سبقه إلى زمن الواضع؛ وعلى هذا مشت أحوالهم، واستمرّت قصودهم وأفعالهم، وإذا دخل على ذلك المتقدّم، وجب إلحاق حكم الطارئ به؛ إذ لا يملك الطّارئ من الشّارع إلاّ ما يملكه من خلفه هو فيه؛ قاله في الدّكانة في الورقة 48.

ومن الفروع المبنيّة على العادة، القضاء بشهادة الحيازة على الملك، وجميع ما يذكر من الشّروط (وهي كما ذكر القلشاني عن المازريّ سبعة شروط :

1 - الحوز، أي وضع اليد على الشيء المحوز

2 - وأن ينسب إليه

3 - وأن يتصرّف فيه تصرّف المالك في ملكه.

4 - وأن تطول المدّة

5 - وأن لا ينازع المحوز عنه في تلك المدة.

[248] هو أحمد بن محمد بن عبد الله القلشاني. أخذ عن والده وابن عرفة والغبريني. له شرح على الرّسالة وشرح مختصر ابن الحاجب الفرعيّ. تولّى القضاء وتوفّي عليه سنة 863.

6 - وأن يكون حاضرًا، عالمًا بالغًا رشيدًا.

7 - لم يمنعه من القيام مانع. اهـ.)

إنّما منشؤه تحقيق الحال التي تكون فيها الحيازة شاهدة للحائز بالملكيّة، إذ مجرّد الحيازة لا ينقل الملك ولكن يدلّ عليه؛ ولهذا لا تنفع الحيازة إلاّ مع ادّعاء الحائز الملكيّة، وجهل أصل مدخله، هل دخل بوجه لا يقتضي نقل الملك، كالعارية والإسكان ونحوهما أم لا. أما إذا تحقّق أنّ دخوله كان بشيء منها فلا تنفعه حيازته، ولو طالت حيازته جدّا، على ما لابن فتّوح[249]. وإلاّ أن يطول زمن ذلك جدّا. على ما لابن رشد، قائلا: ولم يحد في هذه الرواية حدّا، إلاّ أنّه قال قدر ما يخشى أن يكون من يعرف ذلك الحقّ قد هلك. لكن الذي في المختصر والتّحفة وغيرهما أنّه إذا علم أصل المدخل بكراء أو نحوه؛ لا تنفع الحيازة. وظاهر كلامهم ولو طال الزّمن جدا، فيظهر أنّه الأقوى. قاله الشيخ مهدي في حاشيته في مبحث الحيازة.

ولتحقيق الحال الشّاهدة عرفا للحائز، قسم الفقهاء الحائز إلى أجنبي، وقريب غير شديد القرابة، وقريب جدّا وأصهار. وجعلوا مدّة الحيازة في الأجنبي عشر سنين. لكن إذا كان شريكا اشترطوا فيه أن يكون التصرّف بمثل الهدم لغير إصلاح، والبناء الكثير، والغرس في الدار والأرض، والاستغلال في غيرهما. وإذا كان غير شريك فيكتفي في التصرّف بمثل سكنى الدار وزرع الأرض. وإذا كان قريبًا غير شديد القرابة كالإخوان والأعمام والأخوال وأبنائهم، وفي معناهم الأصهار والموالي؛ فإذا كان التصرّف ضعيفا كسكنى الدّار وزراعة الأرض وعمارة الحانوت، فلا تقبل دعوى الحائز الملكيّة لما حاز. إلاّ مع طول المدّة جدّا؛ وهو ما زاد على الأربعين سنة، إن لم

---

[249] هو إبراهيم بن فتوح العقيلي الغرناطي. أخذ عن ابن سراج وأخذ عنه ابن الأزرق والقلصادي. كان من أحفظ النّاس لمذهب مالك، مولده سنة 784 وتوفي سنة 865.

تكن بينهم عداوة. وإلاّ كفى في حيازتهم عشر سنين كالأبعدين. وإذا كان التصرّف قويّا جدّا، كالتّفويت بالبيع والهبة الصدقة لم تشترط مدّة، بل سكوته يوجب انقطاع حقّه بانقضاء المجلس، كما قال في التّحفة:

وحــاضر بيع عليه مــالـه ❁ في مجلس فيه السّكوت حاله

الأبيات الأربع. وإذا كان التصرّف متوسّطا، كالهدم والبنيان والغرس وعقد الكراء، فمدّة التصرّف ما زاد على الأربعين، على المعتمد كما في الزّرقاني وغيره؛ وقيل عشر سنين.

وإذا كان الحائز قريبا جدا؛ كالأب مع ابنه والعكس، فلا يعتبر التصرّف بمثل السّكنى والازدراع اتّفاقا، ويعتبر بمثل التّفويت بالبيع والصّدقة ونحوهما، واختلف هل يحوز كلّ واحد منهما على صاحبه بالهدم والبينان والغرس على قولين. أحدهما أنّه لا يجوز عليه بذلك إن ادّعاه ملكا لنفسه؛ قام عليه في حياته أو بعد وفاته؛ وهو قول مالك، والمشهور في المذهب إلاّ أن يطول الأمد جدّا إلى ما تهلك فيه البيّنات وينقطع فيه العلم. قاله ابن رشد. فالاختلاف في مقدار المدّة المؤثّرة ونوع التصرّف المعتبر، باختلاف صفة الحائز ودرجة قرابته، لأنّ العادة قاضية بالتّسامح مع الأقارب. ووصل رحمهم بمثل السّكنى للدّار، والزّرع للأرض، والاعتمار للحانوت؛ بخلاف التصرّف بما هو أقوى من ذلك.

وكذلك ما اشترط من علم المحوز عنه، فإن قال القائم ما علمت حقّي إلاّ الآن، فقيل لا يقبل قوله، وبه كان يفتي الشيخ ابن عرفة وأبو مهدي عيسى الغبريني[250]

---

[250] هو قاضي الجماعة أبو مهدي عيسى بن أحمد بن محمد الغبريني. تولّى خطابة جامع الزّيتونة بعد ابن عرفة. ونقل عنه عصريّة البرزليّ. توفّي سنة -813 أو سنة 815.

وبفتواهما جرى العمل على ما قاله الرصّاع[251] ونقله عظوم في البرنامج. وقيل يقبل قوله بيمينه، وهو قول ابن سهل وغيره وبه أفتى البرزلي، فأدخل على النّاس مشّقة عظيمة في القيروان، لأنّ كثيرًا من النّاس يزهد في عقود أشرية البائع، فيقوم على المشتري بعد الطول ويقول لا علم عندي إلاّ الآن؛ وربّما يضيع عقد الأصل. أو يعزل شهوده بجرحة، وقيل يقبل قوله بيمينه إن كان وارثًا؛ ولا يقبل قول غيره. قاله في الوثائق المجموعة. ولو قال علمت بحقّي ولم أجد ما أقوم به إلاّ الآن. فاختار الشّيخ الغبريني أنّه يقبل؛ سواء أكانت البيّنة التي قام بها استرعاء أو غيره. قال ابن ناجي والصّواب عندي أنّه لا يقبل منه، لأنّه كالمعترف بأن لا حقّ له مدّع رفعه. ثم وقعت بالقيروان بعد عشرة أعوام. فأفتى فيها رحمه الله بما صوّبته، وهو خلاف فتواه الأولى، لأنّه إذا كان لم يقبل قوله في عدم علمه بحقّه. فأحرى إذا قال عندي العلم. ولم أجد ما أقوم به، إذ هو قادر على أن يقول ذلك للشّهود؛ ويبقى على حقّه. اهـ.

وفي مطالبة الحائز بوجه ملكه ثلاثة أقوال: الأول يطالب إذا أثبت المدّعي الملكيّة، أو أقرّ له بها. ففي التّبصرة قال ابن رشد: الذي مضى عليه العمل فيما أدركنا، وبه أفتى شيوخنا فيما علمنا، أنّ من ادّعى عقّارا بيد غيره؛ زعم أنّه صار إليه عمن ورثه عنه، أنّ المطلوب لا يسأل عن شيء؛ حتى يثبت الطالب موت مورّثه الذي ادّعى أنّه ورث ذلك العقّار عنه، فإذا أثبت ذلك؛ وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصّة، ولم يسأل من أين صار إليه؛ فإن أنكر وقال المال مالي والملك ملكي؛ ودعواك فيه باطل؛ اكتفى منه بذلك ولم يلزمه أكثر من ذلك، وكلّف الطالب إثبات الملك الذي زعم أنّه ورثه؛ وإثبات موته ووراثته له. فإن أثبت ذلك على ما

[251] هو محمد بن قاسم الرّصاع الأنصاري التّونسي قاضي الجماعة بتونس وإمام جامعها بعد محمد بن عمر القلشاني. أخذ عن تلامذة ابن عرفة. له شرح على الأسماء النّبوية وشرح على حدود ابن عرفة وشرح على البخاري، وفتاوى نقلت في المعيار والمازونيّة، صرف نفسه عن القضاء وبقي في الإمامة إلى أن توفّي سنة 894.

يجب؛ من صحّة شروطه: سئل المطلوب حينئذ من أين صار إليه، وكلّف الجواب عن ذلك؛ فإن ادّعى أنّه صار إليه من غير موروث الطالب الذي ثبت له الملك، لم يلتفت إليه؛ ولا ينفعه إثباته إن أثبته، وإن ادّعى أنّه صار إليه من قبل موروث الطالب بوجه يذكره، كلّف إثبات ذلك. فإن أثبته وعجز الطّالب عن المدفع في ذلك، بطلت دعواه، وإن عجز عن إثبات ذلك؛ قضي عليه للطّالب. هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدوّنة، ولا اختلاف في ذلك أحفظه. اهـ.

القول الثّاني: يطالب ببيان وجه الملك،

الثّالث : لا يكلّف ببيان وجه ملكه مطلقا. وهو الذي اقتصر عليه ابن سلمون وغيره، وجرى به عمل فاس، وهو الموافق لما يفعله القضاة الذين أدركناهم، فإنّ المنكر دعوى القائم: إذا أجاب بملكيّته للمحوز؛ وحيازته له المدّة القاطعة؛ يكلّف المجيب بإثبات الحيازة التي ادّعاها؛ لأنّ في إثباتها اختصارا لمسافة الخصام، لأنّ الحيازة متى ثبتت وعجز القائم عن الطّعن فيها؛ يحكم باستحقاق الحائز للمدّعى فيه، وبطلان دعوى القائم. فلا فائدة في تكليف القائم بإثبات بيّنة لا تسمع لثبوت الحيازة. أما إذا عجز المطلوب المجيب بالإنكار؛ عن إثبات الحيازة التي يدّعيها فيعجز؛ ويطلب القائم بالبيّنة المثبتة للتملّك؛ ويجري بعد ذلك ما نقل عن ابن رشد.

واختلف في العادة هل هي كشاهدين فلا يمين معها؛ أو كشاهد يحتاج معها إلى يمين. والمشهور توجّه اليمين؛ إن كان للمدّعي فيه منازع غير من احتجّ بالعادة؛ فتجب اليمين على المحتجّ بها، فإن لم يكن له منازع فلا يمين. قاله صاحب الدّكانة؛ وانتزعته من تعليل القرطبي[252] وابن عرفة عدم توجّه اليمين على صاحب اللّقطة؛

---

[252] هو أحمد بن عمر الأنصاري الأندلسي القرطبي. يعرف بابن المزين. رحل لمكّة والقدس والإسكندريّة ومصر وأخذ عنه جماعة منهم القرطبي صاحب التفسير والتّذكرة. له مؤلفّات منها المفهم وهو شرح على صحيح مسلم بالغ في الإجادة والتّحرير. مولده سنة 578 وتوفي بالإسكندريّة سنة 656.

بعدم منازع له فيها. قلت ما ذكره عظوم غير مطّرد؛ ينتفض بمسألة ما إذا زوّج ابنه البالغ وهو ساكت، حتى إذا فرغ أنكر بحدثان ذلك. فإنّه يستحلف[253] أنّه لم يرض، فإن نكل لزمه النّكاح، وكان عليه نصف الصّداق. فلعلّ ما ذكره أغلبي. والعرف إحدى الدّعائم الخمس التي بني عليها الفقه، فقد استند إليه في معرفة أسباب الأحكام من الصّفات الإضافيّة، كالصغر والكبر والكثرة والقلّة، في الأقوال والأفعال في الصّلاة، وثمن المثل في البيع والتعدّي، ومهر المثل والكفء في النّكاح، وتعيين المفروض من المؤونة والكسوة والمسكن في النّفقات، واستند إليه في مقادير الحيض والطّهر في الصّلاة، والعدد وأقصى أمد الحمل في النّسب، واستند إليه في فهم الألفاظ في الأيمان، والوقف والوصيّة والطّلاق. أما بقيّة الدعائم فهي اليقين لا يرفع بالشّك، والضّرر يزال، والمشقّة تجلب التّيسير، والأمور بمقاصدها. انظر شرح المنجور للمنهج المنتخب صفحة 95.

المبحث الثّاني في تكليف المدّعي بإقامة البيّنة فيقرّ أن لا بيّنة له

إذا أجاب المطلوب بالإنكار؛ طولب المدّعي بالبيّنة. وحينئذ إما أن يقرّ أن لا بيّنة له أو يدّعيها. وإذا زعم أنّ له بيّنة: فإمّا أن يدّعي أنّها بيد المدّعى عليه أو أنّها غائبة عنه؛ غيبة قريبة أو بعيدة.

---

[253] النّزاع في لزوم النّكاح موجود بين الأب وابنه الرّشيد وبين الابن والزّوجة؛ وإذا نكل الابن عن اليمين لزمه النّكاح؛ والنّكول شاهد عرفي؛ قضي هنا بمجرّده من غير يمين على الأب ولا على الزّوجة. وما ذكر هنا من لزوم النّكاح بالنّكول؛ هو الذي ذكره ابن يونس؛ كما في شرح الموّاق لقول خليل «وحلف رشيد وأجنبي وامرأة أنكروا الرّضا والأمر حضورا» وحكاه صاحب اللباب عن ابن القاسم. وقال أبو عبد الله لا يلزمه شيء؛ وعليه فاليمين استظهار فقط؛ لعلّه يقرّ و صوّبه أبو عمران. وحكى ابن سعدون عن بعض شيوخه: تطلّق عليه بالنّكول ويلزمه نصف الصّداق. وذكر الونشريسي أنّ الخلاف في لزوم النّكاح للنّاكل مبنيّ على الخلاف في أنّ العادة هل هي كالشّاهد أو كالشّاهدين؛ فإن قلنا كالشّاهدين لزمه النّكاح بنكوله وعليه نصف الصّداق؛ وإن قلنا كالشّاهد لم يلزمه. وقد بسط المسألة شارح العمليّات الفاسيّة عند قول النّاظم «ومن تحمل عن ابنه النّكاح» في الورقة 11 من الطبعة الفاسيّة ج1.

فإذا أقرّ أن لا بيّنة له، توجّهت اليمين على المدّعى عليه المنكر، إن كانت الدّعوى في مال. أو ما يؤول إلى المال؛ فإن ادّعى المطلوب على الطّالب أنّه كان أحلفه قبل، لزم الطّالب اليمين أنّه لم يحلفه، لتتوجّه اليمين على المطلوب. فإن نكل فلا يمين له على المطلوب، وله قلب هذه اليمين على المطلوب، فيحلف أنّه كان أحلفه ويبرأ. هذا الذي درج عليه صاحب المختصر، وصرّح به الموثّقون، وجرى به عمل فاس. ويرى بعض فضلاء إخواننا من محقّقي عصرنا؛ أنّ هذه الدّعوى في زماننا مستبعدة؛ بعد أن صارت الأيمان تسجّل بعدلين؛ أو في دفتر المحكمة، فادّعاؤها تشغيب لا ينبغي الالتفات إليه.

ومن هذا الوادي ادّعاء المدين علم الطّالب بعدمه، فتتوجّه اليمين على الطّالب؛ أنّه لا يعلم عدمه. وجرى العمل التونسي على عدم توجّه اليمين على الطّالب، من أيام القاضي أبي إسحاق ابن عبد الرّفيع[254]. وذكر ابن ناجي في كبيره في باب المديان، في توجّه اليمين من المدين على رب الدّين: أنّه لا يعلم عدمه؛ "قال كان العمل بتونس على توجّهها. إلى أيام أبي إسحاق ابن عبد الرّفيع فترك الفضلاء حقوقهم هروبا من اليمين فحكم بعدمها. واستمرّ به العمل بتونس وبه أنا أحكم، وحسّنه شيخنا الإمام ابن عرفة: فيمن لا يظنّ به علم حال المديان لبعده عنه". واعترض هذا الكلام الشّيخ عظوم في برنامجه بقوله: "ترك الحكم بما جرى الحكم به، ويشهد له أصل الشّرع في الدّعاوى، من توجّه اليمين على إنكارها، بمجرّد ترك الفضلاء حقوقهم؛ من أشنع ما يسمع في الشّرع، ومن أكبر الدّلائل على اتّباع مجرّد هوى الفضلاء، وأي فضيلة لهؤلاء الفضلاء الذين يمتنعون من توجّه حكم من أحكام الله

[254] هو أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرّفيع الرّبعي التّونسي. قاضي الجماعة بتونس وخطيب جامعها. امتحن بالعزل والنّفي والسّجن. له مؤلّفات من أشهرها معين الحكّام. توفي سنة 733.

تعالى جرى به العمل، مع أنّ جري العمل به يصيّره مقدّما على المشهور إذا تعارضا في فرع. بل أي علم ودين لحاكم يقول: تركت العمل بما به الحكم وجرى به العمل؛ لكون الفضلاء أهل النّخوة يأنفون من قبولها" . اهـ.

وردّه الشّيخ حسن الشّريف في حاشية الزّقاقيّة، بأنّ ما ذكره من امتناع الفضلاء من الحكم غير مسلّم؛ وإنّما تركوا موجبه. وهو طلب حقوقهم خوفا من لزوم اليمين لهم، وذلك أدلّ دليل على مروءتهم حيث لم يرتكبوا ما يوجبها. وفرق واضح بين ترك موجب الحكم وبين الامتناع من الحكم. على أنّا لو سلّمنا أنّهم امتنعوا من اليمين، فالامتناع منها جائز معهود شرعًا؛ إذ غايته أنّه نكول والنّكول جائز، لأنّ النّاس تشقّ عليهم الأيمان ويتورّعون عنها. وقد سئل الإمام المازريّ عن رجل طلب رجلا أن يبيع له سلعة فقال: امرأته طالق لا نبيعها لك؛ فلمّا رآه حلف ادّعى عليه أنّه باعها منه وأنكر هو، فطولب باليمين أنّه ما باع منه شيئا، فتورّع عن اليمين وقلبها عليه، فحلف المدّعي لقد باعها منه، فهل المدّعى عليه حانث أم لا. فأجاب لا يحنث لنكوله عن اليمين، لأنّ النّاس تشقّ عليهم الأيمان ويتورّعون عنها. وقد قال مالك في الوصيّ، يغرم في نكوله في اليمين، وتوقف عن غرمه في الكثير، لأجل مشقّة اليمين على النّاس. فكذلك هذا فنكوله لأجل المشقّة، ولم يقصد بأصل يمينه إلاّ أنّه لا يبيعها له اختيارًا، ولا يحنث فيما بينه وبين الله ويصدّق، إلاّ أن تقوم عليه بيّنة في يمينه، فيحلف أنّه لم يرد إلاّ أنّه لا يسعها منه طوعًا ثم لاشيء عليه. وامتناع الحاكم من الحكم بها، من باب مراعاة المصلحة العامّة، لأنّه لو شاء كل مدين يدّعي العدم، أن يحلّف ربّ الدّين يحلّفه، فتضيع الحقوق بتورّع النّاس عن اليمين. نعم إن ثبت أنّ امتناع الحاكم من الحكم بها؛ بمجرّد مراعاته أهل النّخوة والشّرف، فذلك أدلّ دليل على ضعف دينه. وما ذكره من تقديم ما به العمل على القول المشهور، نحوه للشيخ

المسناوي[255]. قال إذا جرى العمل ممّن يقتدى به بمخالف المشهور لمصلحة، فالواقع في كلامهم أنّه يعمل بما جرى به العمل، وإن كان مخالفا للمشهور. وهذا ظاهر إذا تحقّق استمرار تلك المصلحة وذلك السّبب، وإلاّ فالواجب الرّجوع إلى المشهور. اهـ. ثم إنّ وجوب العمل بالقول المعمول به والمصير إليه، يلحقه تفصيل وتحرير، وذلك أن تقول إمّا أن يقولوا جرى العمل به للعرف الذي اقتضته المصلحة في عرف العامّة، فهذا أمر عام في كل موضع وبلد؛ كمسألة تضمين الصّناع، وكمسألة بيع السّلطان للغصوبات؛ على أصل ابن حمديس والبطرني[256]، خلاف أصل ابن رشد وابن الحاج[257] وغيرهما. وأمّا أن يقولوا جرى العمل به في هذه المسألة في بلد كذا، فهذا لا يعمّ بل يخصّ. اهـ.

ولو ادّعى المطلوب على الطّالب المدلي ببيّنة، أنّه عالم بفسق شهود بيّنته، فتتوجّه اليمين على الطّالب أنّه لا يعلم ذلك. وأمّا الدّعوى التي لا تثبت إلاّ بالشّاهدين فلا يمين بمجرّدها، كدعوى الطّلاق والنّكاح والتّعديل والشّركة والإحلال والإحصان والوكالة والوصيّة عند أشهب. قاله في التّبصرة صفحة 158 من الجزء الأوّل، ومثله إسقاط الحضانة إذ ليس إسقاطها مالا ولا آيلا إليه. فلا تتوجّه اليمين فيه بمجرّد الدّعوى، ولا يثبت بالشّاهد واليمين. قاله الشيخ الرّهوني. وما في ابن سلمون في ترجمة الحضانة وما اتّصل بها، لا ينبغي التّعويل عليه ونصّه: فإن ادّعى الأب على الحاضنة أنها أسقطت الحضانة، وأنكرت هي ذلك فعليها اليمين. قاله ابن الهندي. اهـ.

---

[255] هو أبو عبد الله محمد الشّهير بالمسناوي. مشهور بغزارة العلم. له أجوبة كثيرة وتقاييد مفيدة في أنواع من العلوم. مولده سنة 1072 وتوفي سنة 1136.

[256] هو محمد ابن الحافظ أبي العبّاس البطرني الأنصاري التّونسي. المتفنّن المجاب الدّعوة. استخلفه ابن عرفة في الخطابة حين سافر للحجّ سنة 792 وأخذ عنه ابن خلدون والبرزلي وأبو الطّيب ابن علوان وابن الخطيب القسنطيني والبسيلي والوانوغي. مولوده سنة 703 ووفاته سنة 793.

[257] هو محمد بن أحمد يعرف بابن الحاج. كان القضاء يدور بينه وبين عصريّه ابن رشد. ألّف النّوازل المشهورة به. وقتل ظلما بالمسجد الجامع وهو ساجد في صلاة الجمعة سنة 529 ومولده سنة 458.

وأما الحيازة فتثبت بالشاهد واليمين لأنّها تؤول إلى المال. قاله عظوم في مبحث الحيازة من برنامجه، معترضا على ما قاله ابن ناجي. وإذا حلف المطلوب على ردّ الدّعوى، ثم أدلى المدّعي ببيّنة، فإن لم يعلم المدّعي بها، حكم له بها وإن علم بها ففي المسألة روايتان، أرجحهما قول المدوّنة. وإن استحلفه بعد علمه ببيّنة تاركا لها وهي حاضرة أو غائبة فلا حقّ له. وفي الرّسالة: وإذا وجد الطّالب بيّنة بعد يمين المطلوب، لم يكن علم بها قضي له بها. وإن كان علم بها لم تقبل منه. قال ابن ناجي: وصاحب البيّنة محمول على عدم العلم، وبه العمل. اهـ. والتّرك للبيّنة لا يلزم أن يكون بالتّصريح، بل الإعراض كاف على ما للأكثر. ولا ينتفع المدّعي. الملفي بيّنة بعد يمين المطلوب. إلاّ ببيّنة بشاهدين. ولا يكفيه الشّاهد واليمين. هذا الذي حكاه أكثر أهل المذهب، وحكم به أبو إسحاق ابن عبد الرّفيع بتونس حال قراءة الشيخ ابن ناجي بها. حكى جميع ذلك في شرح الجلاّب[258].

فلو قال المدّعي للقاضي: أحلف الخصم لي وأنا أترك بيّنتي، فأمر القاضي المدّعى عليه باليمين، فلمّا توجّه للحلف بدا للطالب وطلب أن يأتي ببيّنته فليس له ذلك. وبهذا حكم ابن ناجي اجتهادا، ثم اطّلع على النصّ في كتاب الديّات وفي كتاب الحمالة.

[258] هو عبد الله بن الحسين بن الجلاّب من أهل العراق. تفقّه بالأبهري وغيره. وتفقّه به القاضي عبد الوهاب. له كتاب التّفريع في المذهب مشهور معتمد. توفي سنة 378.

المبحث الثّالث في تكليف المدّعي بإقامة البيّنة فيزعم أنّ بيد المدّعى عليه ما يغنيه عنها

إذا زعم المدّعي أنّ بيد المدّعى عليه ما يغنيه عن البيّنة، وطلبه بإحضار ما بيده من الحجج لتتصفّح هل له فيها حجّة، فامتنع المدّعى عليه، فأفتى الشيخ القاضي ابن سودة[259]، والشّيخ عبد القادر الفاسي[260]، أنّه لا يلزمه إعطاء موجباته التي بيده لخصمه؛ وقالا لو مكّن الخصم من هذا وشبهه لفتح على النّاس باب يعسر سدّه. واختار أبو علي ابن رحّال[261] القضاء عليه بذلك. واستظهر أنّه لو رفع الرّسم لعدل ينظر فيه؛ أو حلف أنّه لم يقصد حيلة وإنّما أراد الانتفاع به لكان حسنا. واعتمد فيما قاله على جواب الشيخ ابن أبي زيد[262]، عن متخاصمين طلب أحدهما أن يوقفه صاحبه على وثيقة بيده له فيها حقّ، فأجاب إذا حضر الحكم وجب إخراج الوثيقة للطّالب لينظر فيها. وليس له الامتناع. وهو من حقّ الطّالب. اهـ. وعلى ما في التّبصرة عن أقضية ابن سهل ونصّها: "مسألة إذا كانت عند رجل كتب لغائب، فقام رجل عند القاضي، وذكر أنّ له في تلك الكتب حقّا ومنفعة، وسأله أن يأمر الرّجل بإحضار الكتب لينظر له فيها، فإنّ القاضي يأمر الذي عنده الكتب بإحضارها وينظر فيها. اهـ. وقد ردّ كلام أبي علي الشيخ الرّهوني وبعض تلامذة التّاودي، وقد أحسن الثّاني كل

[259] هو محمد بن أبي القاسم بن سودة من بيت علم؛ كان من قضاة العدل بفاس مولده سنة 1003 وتوفي سنة 1076.

[260] هو عبد القادر بن علي بن يوسف الفاسي؛ من بيت الفاسي الشهير بالعلم منذ أكثر من ثلاثمائة سنة، ومع غزارة علم هذا السّيد، لم يعتن بالتآليف وإنّما تصدر عنه أجوبة عمّا يرد من الأسئلة عليه. مولده سنة 1007 وتوفي سنة 1091.

[261] هو أبو علي الحسن بن رحّال المعداني. أحد قضاة العدل والعلماء المطّلعين. له شرح جليل على المختصر الخليلي وحاشية على شرح التّحفة لميارة، والإرفاق في مسائل الاستحقاق وغير ذلك توفي سنة 1140.

[262] هو أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمان النّفزي القيرواني حامل لواء المذهب المالكي. تفقّه بفقهاء بلده وعوّل على ابن اللّباد وأبي الفضل المسي. وتفقّه به جماعة كأبي بكر عبد الرحمان وأبي سعيد البراذعي، له مؤلّفات كثيرة من أشهرها الرّسالة والنّوادر والزّيادات على المدوّنة ومختصر المدوّنة. توفي سنة 386 ودفن بداره بالقيروان.

الإحسان. فأمّا الشيخ الرّهوني فقال ليس في كلام ابن سهل أنّ بين الطّالب لإحضار الرّسوم وبين المطلوب خصومة، ولا بين الطّالب والغائب الذي نسبت إليه الرّسوم خصومة، وإنّما مقصود ابن سهل أنّ نسبة المطلوب الرّسوم للغائب ليس بعذر يمنعه من إحضارها، كما أنّ من بيده مال لغائب؛ ليس له الامتناع من إحضاره لمن طلبه به وله عليه دين ونحوه". وأما فتوى الشيخ ابن أبي زيد فقد نقلها صاحب المعيار مختصرة، ونقلها البرزلي قبيل مسائل الضّرر برمّتها. ونصّه : "سئل ابن أبي زيد عن متخاصمين طلب أحدهما صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق، فقال لا أخرجها إلاّ بعد بطالة العيد، وادّعى رضى خصمه بذلك. فهل يحلف له على الصّبر أم لا. فأجاب: إذا حضر الحكم، وجب إخراج الوثيقة للطّالب لينظر وليس له الامتناع، وهو حقّ للطّالب. اهـ. فليس فيه أنّ تلك الوثيقة هي ملك للمطلوب وحده وإنّما فيه أنّها بيده. وذلك أعمّ من أن تكون بيده على أنّه كتبها لمنفعة نفسه خاصّة، أو كتباها معًا لمنفعتهما معًا فبقيت بيده. والأعمّ لا إشعار له بأخص معيّن. ويقوّي الاحتمال الثاني، احتجاج المطلوب بأنّهما اتّفقا على أن لا يظهراها إلاّ بعد مضي أيام العيد، ولم يحتج بأنّها له وحده، فلا يخرجها له لكونها له. فالنّزاع بينهما في لزوم ما اتّفقا عليه من التّأخير وعدم لزومه. وعلى اللزوم فهل يحلف له على الصّبر إن أنكر الرّضى بذلك أم لا" .اهـ. وأمّا بعض تلامذة التّاودي فقال: يشهد لما ذهب إليه ابن سودة والفاسي، ما في البرزلي في أول مسائل النّكاح، ونصّه على اختصار حلولو: "وفي الطّرر: رأيت في بعض الكتب، سئل بعضهم عن شراء الرّق الذي يكتب فيه الصّداق وأجرة الكاتب، فقال على الذي يتوثّق لنفسه وهو وليّ المرأة. قلت في المدوّنة ما يدّل على أنّه عليهما، أي على الزّوج والزّوجة. ويدلّ أيضًا ما فيها أنّ الورثة إذا اجتمعوا على إثبات وفاة ونحوها، فأجرها على جميعهم على

عدد رؤوسهم. وكذلك القسمة. ومن طلب نسخة فله ذلك بالقضاء، بخلاف ما لو أقامها أحدهم حتى تمّ حقّه، فليس عليه أن يعطيهم نسخة منها إلاّ برضاه. وقد نزلت بتونس وحكم بذلك ووقعت الفتيا به" . اهـ. وما نقله ابن سهل عن ابن القطّان[263] فيمن وقف على أملاك بيده من أين صارت له، فقال عندي بذلك وثائق. فطولب بإحضارها فأبى، قال ابن القطان: ليس على الموقف إحضار الوثائق. ولا يسأل من أين صارت له الأملاك، إلاّ أن يكون معروفًا بالغصب والتسوّر والاستطالة. اهـ. وأما مسألة ابن أبي زيد وابن سهل فمخالفة لمسألة ابن سودة والفاسي، إذ الأولى ذكر السّائل أنّه طلب نسخة ممّا له فيه حق. ولا يكون له الحق إلاّ إذا كان هو ممّن أقامه، أو دخل مدخل الذي أقامه، وثبت ذلك بالموجب، كما يفيده ما تقدّم عن حلولو. ومسألة الفاسيّين لم يقم القائم على ما فيه حقّ له؛ وإنّما قام يطلب ما فيه منفعة له فأفتيا بمنعه. فابن أبي زيد وابن سهل تكلّما على ما ثبت فيه حقّ للطالب. ولم يتعرّضا لما لا حقّ له فيه، وإنّما له المنفعة فقط. والفاسيّان تكلّما على ما فيه المنفعة فقط. والبرزلي في نقله تكلّم على الطّرفين. والشيخ ابن رحّال خالف الجميع، فقال بإعطائها فيما فيه المنفعة فقط فتعيّن عدم قبوله. اهـ. باختصار. انظر حاشية مهدي عند قول التّحفة "وطالب التّأخير فيما سهل" وقد تبيّن بما ذكرنا ضعف قول الشيخ عمر الفاسي محلّ كلام أبي علي مع حضور الرّسم. وإلاّ فلا يجبر على الإتيان به بلا خلاف، وإن صوّبه ابن سلامة في حاشية التّاودي. ووجه الضعف أنّ مسألة ابن أبي زيد وابن سهل، الرّسم فيها غير حاضر بالمجلس، قال ابن سلامة وعملنا في تونس على هذا، إن كان حاضرا

---

[263] المراد به أبو عمر أحمد بن عيسى بن هلال القطّان القرطبي الذي دارت عليه الفتوى مع ابن عتاب وتفقّه بابن دحون وابن الشقاق وسمع القاضي ابن مغيث؛ وتفقّه عليه موسى ابن الطلاع وابن حمديس وابن رزق. مولده سنة 395 وتوفي سنة 460 – وليس المراد به علي بن محمد بن عبد الملك المكناسي المعروف بابن القطّان شارح أحكام عبد الحق الاشبيلي؛ لوفاته سنة 628 – فهو متأخّر عن ابن سهل المتوفي سنة 486 فلا يصحّ أن ينقل عنه ابن سهل.

دفع لعدل ينظر فيه. وانظر هل كونه في الجيب بمنزلة الحاضر يفتّش ويخرج، أم كالغائب وهو الأظهر، لأنّه إذا لم يفتش دار الغريم لتمكين الحقّ الثّابت —ومثله جيب المفلس كما يأتي– فأحرى هذا. اهـ. وأنا أشكّ في صحّة العمل الذي ذكره؛ إذ لم ينصّ عليه عظوم ولا الشّريف ولا ابن الطّاهر؛ ولعلّه رأى بعض شيوخه من القضاة فعل ذلك اغترارًا بكلام أبي علي، فحكاه عملا وقد علمت ما فيه. وتلخّص أنّ ما ثبت الاشتراك فيه، أو تعيّن الحقّ فيه للطالب وكان مسلما، كرسوم المحاسبات والتّركات والأحباس وعقود الأملاك، لا خلاف فيه؛ كما قاله الشيخ عمر الفاسي. وأنّ الحجّة متى كانت موروثة أو أقامها الجميع، فمن أراد نسخة منها أخذ الأجر من الجميع، إذ لا وجه لاستبداد واحد دون الآخر؛ إلاّ إذا تراضوا على تمكينها من شخص واحد منهم. ومن أسقط حقه لا يلزمه أجر. قال ابن سلامة رأيت القضاء بذلك من شيخينا القاضي إسماعيل[264] والقاضي ابن عبد السّتار[265] وبه قضيت مرارًا. ورأيتهما يأمران بالقرعة على الأصل والفرع. أما أخذ النّسخ من عقود الأملاك المباعة المعبّر عنها الآن بالمضمون، فالأجر على البائع، أو يمكّنه من الأصول فإن أبى التّمكين، خيّر بين التمسّك بالمبيع والردّ؛ إن لم تكن الرّسوم الأصليّة حاضرة، وإلاّ أجبر على تمكينها. اهـ كلامه وستأتي المسألة إن شاء الله في الباب الثّاني.

---

[264] هو إسماعيل التّميمي التونسي؛ قاضي الجماعة بتونس ومفتيها ورئيس المفتين بها. أخذ عن الشّيخ صالح الكواش وعمر المحجوب. وأخذ عنه الشيخ إبراهيم الرياحي والشيخ البحري بن عبد الستار والشيخ محمد بن أحمد بن خوجة. له رسائل وفتاوى كثيرة ينزع فيها منزع ابن مرزوق في التحرير والأخذ بمآخذ المجتهدين. تولّى رئاسة المفتين عوض الشيخ محمد المحجوب بعد وفاته. توفي سنة 1248.

[265] هو محمد بن عبد السّتار البحري التونسي؛ قاضي الحاضرة وفقيهها الموثّق. أخذ عن الشيخ حسن الشّريف والشيخ الطاهر بن مسعود والشّيخ إسماعيل التّميمي والشيخ إبراهيم الرياحي. وأخذ عنه الشيخ محمد بن سلامة ولازمه. توفي سنة 1254.

المبحث الرّابع في تكليف المدّعي بإقامة البيّنة فيزعم أنّ له بيّنة

إذا أنكر المدّعى عليه دعوى المدّعي، فسأل القاضي المدّعي أله بيّنة، فادّعاها، فإمّا أن يدّعي أنها قريبة أو بعيدة؛ فإن ادّعى قربها، كان للمطلوب سؤال الحاكم تأجيله على إحضارها. ومقدار الآجال في غير ما ورد تحديده من الشّارع؛ موكول إلى اجتهاد الحاكم. غير أنّ المتأخّرين من المغاربة ضيّقوا الخناق، حتى جعلوا مخالفة الحاكم في مقدار الآجال الذي اشتهر عن القضاة، يوجب مغمزا في الحكم. قال التّسولي في شرح التّحفة قبيل مبحث الإعذار: المناسب لضعف عدالة قضاة الوقت، أن لا يقبل منهم أقل من هذه التّحديدات المذكورة، وأنّه إن حكم عليه، بعد أن أجّله بأقلّ، وعاجله بالحكم، والمحكوم عليه يطلب ما وجب له على التفصيل المارّ، ينقض حكمه وتعجيزه إن أتى بحجّة. لأنّهم إنّما استحسنوا التّحديدات المذكورة وعملوا بها، رفعا للتّهم. فكما لا يقبل قول قاضي الوقت حكمت بعد أن أجّلت ونحوه؛ كذلك لا يقبل قوله اجتهدت في قدر أجله، إذ ليس هو من أهل الاجتهاد. ولذا صرّح غير واحد بأنّ العمل على التّفصيل المتقدّم. اهـ. وهو مشكل جدّا. وتنظيره بعدم قبول قول القاضي، حكمت بعد أن أجلّت، مبنيّ على ما جرى به عمل فاس لا على ما جرى عملنا. وستأتي المسألة قريبا إن شاء الله.

وقد وقع التّأجيل لإحضار البيّنة القريبة، في ادّعاء الأصول وفي الوراثات بشهر. يؤجّل خمسة عشر يومًا ثم ثمانية، ثم أربعة، ثم ثلاثة تلوّمًا. أو يؤجّل ثمانية ثمانية؛ ثم يتلوّم بستّة، أو بعشرة عشرة، ثم يتلوّم بعشرة أو بعشرين، ويتلوّم بعشرة.

وأجّل في ادّعاء غير الأصول والمواريث، بواحد وعشرين يومًا. يؤجّل ثمانية أيّام ثم ستّة، ثم أربعة؛ ويتلوّم له بثلاثة. وهذا كإثبات استحقاق الحضانة، وإثبات النّسب، وإثبات أنّ متاع البيت له أولها.

وأجّل لإثبات العدم في الصّداق ثلاثة أسابيع. نقله مهدي في حاشية الزّقاقيّة صفحة 59 —وأجّل في إثبات الدّين ثلاثة أيام. ولم يذكر مقدار التّأجيل لإثبات العدم في غير الصّداق واستظهر تأجيله بثلاثة أيام؛ قياسا على مثبت دين؛ بجامع أنّ كلاّ مثبت لحقّ. نقله مهدي أيضًا في حاشية الزّقاقيّة صفحة 53 — وإذا وقع الأجل مفصّلا، وانقضى الأجل الأول، وغفل المدّعى عليه عن المتأجّل، فلم يقم عليه إلاّ بعد مدّة تنتهي فيها الآجال المفصّلة كلّها؛ فإنّ أيام الغفلة تحسب من الأجل، ولا يزاد للمتأجّل أجل آخر. بهذا أفتى الشيخ قاسم عظوم كما في أجوبته، حيث قال: وأيام الغفلة يحتسب بها على ما قاله بعض الموثّقين. وعزاه الوانوغي[266] للشيخين أبي صالح[267] وابن عتاب. وهو منصوص عليه في المدوّنة. وساقه وحكى عن شيخه ابن عرفة تصويبه. وخرّج البوسعيدي[268] في اختصار الحاوي المسألة على قاعدة من فعل فعلا لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره؛ هل يكون بمنزلة ما لو رفع إليه أم لا. اهـ. نقله ابن الطاهر في حاشيته في مبحث الآجال.

وإذا أجل القاضي الخصم، ثم عزل أو مات قبل انخرام الآجال، لم يستأنف الذي ولّي بعده ضرب أجل آخر؛ وينفّذ الحكم من اليوم الذي انتهى إليه العزل أو الموت. وكذلك الحكم في الخصمين إذا مات أحدهما قبل انقضاء الأجل الذي ضرب له؛ فإنّه يكمل في حقّ الآخر، أو في حق ورثته. نقله في التّبصرة عن المفيد صفحة 140.

---

[266] هو محمد بن أحمد الوانوغي التّوزري نزيل الحرمين الشريفين. كان مشهورا بالذّكاء والحفظ والإعجاب بنفسه والازدراء بمعاصريه. أخذ عن ابن عرفة وأحمد بن عطاء الله وأبي الحسن البطرني وابن خلدون وأبي العباس القصّار. وأخذ عنه ابن ناجي. له طرر على المدوّنة في غاية الإجادة. مولده سنة 755 وتوفي بمكّة المكرّمة سنة 819. ويذهب بعض إلى أن تلك الطّرر لعيسى الوانوغي من أصحاب ابن عرفة الذي حجّ سنة 803 ثم رجع لبلده.

[267] هو أيوب بن سليمان بن صالح بن هشيم المعافري القرطبي. كان فقيها حافظا مفتيا دارت الشّورى عليه وعلى صاحبه ابن لبابة في أيامهما. سمع من العتبيّ وغيره وذكره ابن سهل في أحكامه. توفي سنة 301.

[268] هو أبو عبد الله البوسعيدي البجائي. اختصر الحاوي وأتمّ اختصاره في ذي القعدة سنة 826.

وأما إذا ادّعى القائم أنّ له بيّنة بعيدة؛ فيؤجّل على إحضارها إذا كانت الدّعوى في الأصول وفي الوراثات ثلاثة أشهر، كما في التحفة.

وإذا سأل الطّالب المدّعي بيّنة قريبة. أن يأتي المطلوب بحميل بالوجه، ألزم المطلوب ذلك، فإن عجز حلف الطّالب أنّ له بيّنة وسجن له إلى إتمام الأجل المضروب، فإن ثبت الحقّ قضي به؛ وإلاّ حلف المطلوب وذهب. ويتوقّف سجن المطلوب العاجز عن الحميل على تسمية الطّالب الشّهود؛ وإلاّ لم يسجن المطلوب. قاله الزقّاق في لاميّته، واستظهره شرّاحه. وليس ذلك منصوصا للموثّقين، وإنّما النّص على تسمية الشّهود في خصوص البيّنة البعيدة. قلت وهذا المذكور لا يتمشّى مع التّمكين من الحكم على المتغيّب كما تقدّم ؛ فلا ينبغي للقاضي اليوم أن يسجن المطلوب إذا عجز عن الحميل وحلف الطالب أنّ له بيّنة؛ لأنّ القضاء بالحقّ بعد ثبوته ممكن، سواء أحضر المطلوب أو تغيّب؛ فلا ضرر على الطالب.

وإذا سأل الطّالب المدّعي بيّنة بعيدة؛ تحليف خصمه المنكر؛ مستبقيا لنفسه الحقّ في القيام ببيّنته إذا حضر الشهود أجيب إلى مطلبه، بشرط أن يسمّي الشّهود، وأن يحلف أنّه صادق في دعوى البيّنة. وقيل لا يلزمه إلاّ تسمية الشّهود دون الحلف. وإذا سمّى الطّالب الشّهود الذين زعم غيبتهم، فلم يشهدوا له، أو شهد غيرهم، بطل حقّه، ولم يكن له قيام على المطلوب. وإذا أبى الطّالب من تسمية الشّهود، لم يكن له أن يحلّف المطلوب، إلاّ على أن لا يقوم بحجّة بعد.

المبحث الخامس في الإعذار المترتّب على حضور البيّنة

إذا أدلى المدعي بالبيّنة الشاهدة بصدق دعواه، أعذر القاضي فيها للخصم، بمعنى أنّه يسأله هل له ما يسقطها، فإن ادّعى ذلك، أجّله القاضي بشهر، كما قال في التّحفة.

وحلّ عقد شهر التّأجيل ❁ فيه وذا عندهم المقبول

وحلّ العقد أي إسقاط البيّنة، يكون إمّا بإثبات مخرج منها، أو بتناقض فيها أو استحالة أو بتكذيب المشهود له إياها. أو بتجريح شهودها. وإما بمعارضة البيّنة.

فإثبات المخرج؛ كأن يدّعي أنّ الأرض له، فيكره الخصم؛ فيدلي القائم ببيّنة في الملكيّة؛ ويعذر فيها إلى الخصم؛ فيثبت الخصم أنّ القائم باعها له أو وهبها له. فإنّ هذه البيّنة إذا سلمت من القوادح، تسقط حقّ القائم وتبطل بيّنته. ومن إثبات المخرج أن يثبت الاستحفاظ؛ بمعنى الإيداع على شرطه؛ وهو أن يبيّن التّقية إن كان المشهود فيه معاوضة؛ ومن غير احتياج لذلك في عقود التبرّعات؛ كأن يدّعي أنّ الدار له، فينكر الخصم؛ فيدلي المدّعي ببيّنة أنّ الحائز وهبها للقائم، فيثبت المدّعى عليه إيداعا قبل تاريخ صدور الهبة أنّ ما يفعله غير ملتزم له؛ وإنّما قصده به استدراجه ليقرّ بحقّ له عليه فذلك يسقط بيّنة القائم.

والحلّ بالتّناقض؛ كأن يدلي القائم ببيّنة تشهد أنّ الأرض ملك له؛ فيعذر فيها إلى الخصم، فيثبت أنّ أولئك الشّهود شهدوا في موطن آخر أنّ الأرض وقف على القائم. وكأن يقول شهود بيّنة المدّعي حضرنا يوم كذا بتونس وبحضرتنا أنكح ابنته فلانا؛ أو باع له داره التي بدرب كذا، فيعذر إلى المشهود عليه؛ فيثبت أنّهم قالوا قبل الشّهادة أو بعدها وقبل الحكم بها: كنّا في اليوم المذكور بمصر. فهذا تناقض في الشّهادة يوجب سقوط الحجّة، ولا تجرّ إلى ضرر في الدّعوى ولا تناقض فيها. لأنّ المدّعي أتى بها طبق دعواه. فكذبها من خارج لا يبطل الدّعوى. والتّناقض في نفس الشّهادة لا يمكّن المشهود عليه من الحلّ به في الشّهادات الأصليّة؛ لأنّه من باب القدح بالكذب؛ وشاهد الأصل هو العدل المبرّز؛ بخلاف الاسترعاء، فقد يكون مبرّزا، وحينئذ لا يحلّ له لما ذكر، وقد يكون غير مبرّز فيمكّن من الحلّ به. وأيضا فشاهد الأصل من يقول أشهدني فلان بكذا يوم كذا، فإثبات حلّه بالتناقض غير ممكن، لأنّه

إن كان باسترعاء شهوده مبرّزون؛ شهدت أنّه ليس هنالك، فالمثبت مقدّم على النّافي، كما سيأتي إن شاء الله في مبحث تعارض البيّنات قريبًا. وإن كان باسترعاء شهوده غير مبرّزين، فكذلك مع زيادة التّرجيح بالأعدليّة. ولا يكون التّناقض في الشّهادات الأصليّة إلاّ من المشهد، ويرجع ذلك إلى تكذيب المشهد للشهود، وذلك لا يجرّ قدحًا في الشّهود، إذ لا يلزم من تكذيب المشهد للشّهود كذبهم في نفس الأمر الواقع. وهذا هو الفرق بين التّناقض في الاسترعاء وفي الأصل؛ ففي الاسترعاء، قدح بالكذب في الشّاهد بواسطة تناقضه، وفي الأصل تكذيب من المشهد؛ وفي الأول تقبل منه بيّنة أخرى، وفي الثاني لا تقبل، لأنّ تكذيب الشهود فيما شهدوا به له في الدّعوى؛ تكذيب لنفسه فيها قطعًا، فيتناقض قوله بالنّسبة لأصل الدّعوى. وهذا كأن يقوم على حائز أرض ويدّعي أنّها له، فينكر الحائز؛ ويزعم ملكيّته لها؛ فيدلي القائم برسم تبايع بين المدّعي والمدّعى عليه فيها بتاريخ كذا. فيعذر إلى المدّعى عليه في الرّسم، فيثبت أنّه كان ادّعى عليه أنّ هذه الأرض له بطريق الهبة من الحائز بعد تاريخ التّبايع، فلا عمل على كل من الدّعويين، ولا على ما يحتجّ به عليهما أو على إحداهما؛ للتّناقض في القولين وتكذيب شهود كلتا الدّعويين. قاله ابن سلامة في حاشيته. وما صوّرنا به التّناقض في البيّنات الاسترعائيّة هو الذي ينبغي اعتماده، أمّا تصويره بأنّ التناقض في مجلس واحد من شاهدي الاسترعاء عند الأداء؛ فممّا لا يلتفت إليه، لأنّ البيّنة بهذه الصفة لا يعذر القاضي فيها، وإنّما يعذر في التّام الصحيح، وغير الصّحيح يردّه ويبطله، من غير افتقار إلى قدح الخصم فيه.

والحلّ بالاستحالة: كأن تشهد بيّنة أنّ الدار للقائم، ملكها بالشراء من المدّعى عليه عام كذا، فيثبت المدّعى عليه أنّ القائم في تاريخ الشراء لم يبرز إلى عالم الوجود. ومن هذا ما وقع أمامنا في نازلة استحقاقيّة احتج القائم فيها برسم مدلّس، استفيد

تدليسه من ختم به منسوب لبعض قضاة الحاضرة؛ وتاريخ الختم سابق على زمن الولاية؛ ومن تحديد العقّار في بعض جهاته بوقف المدرسة الباشيّة، مع أنّ التاريخ سابق على تاريخ بناء المدرسة.

والحلّ بتكذيب المشهود له شهود بيّنته؛ تقدّم التّمثيل له غير مرّة.

والحلّ بالقدح في الشّهود، يكون في غير المبرّز بكلّ قادح، وفي المبرّز بالعداوة والقرابة. فإذا ذكر شاهد القدح جملة من القوادح في شهود البيّنة، كان التّجريح ساقطا. ففي رعاية الأمانة للشيخ عظوم: أنّ ابن راشد نقل عن القرافي وسلّمه، أن المجرّح يجب عليه أن يقتصر على أقلّ ما يحصل الجرحة المانعة، فإن زاد على ذلك كان غيبة و هي محرمّة إجماعا، فيكون ذلك جرحة، ومنه قولهم في التّجريح : نعرفه كذّابًا؛ فصيغة المبالغة في صفة الكذب زيادة لا فائدة فيها، لأنّ ما أبيح من ذلك مقيّد بقدر الحاجة، لضرورة التّجريح وتحصيل مصلحته، ويبقى ما عداه على وفق الأصل من أنّها غيبة محرّمة. قال الشيخ الجدّ وهو صواب، وعليه فإذا أقدم على الزّيادة، يجب أن يجرح بها، لأنّ الزّيادة جرحة في المجرّح؛ تبطل بها شهادته في التّجريح. اهـ. قال عظوم في برنامجه: وهي فائدة جليلة قلّ من يتفطّن لها؛ وقد أبديتها في بيّنة جرحت حاضنة بأمور ثمانية، عند قاضي الجماعة أبي عبد الله محمد بن عزّوز، ولم يتعرّض لها أحد من مفتي تونس حينئذ في عام ثمانين وتسعمائة، ولم نتقدّم إذ ذاك للفتيا؛ فاستغربه جميعهم، ولم يقبله منّي، ولم يوافق عليه عدا الشيخ سيدي عبد الكريم ابن سعيد، ومن جهل شيئا عاداه. اهـ. قلت الذي في الفائق أنّ هذه المسألة في القاهرة. وأنّه اختلف فيها بينهم؛ ولم يصرّح باسم القرافي. وحيث كان هذا رأيا لابن راشد، ناشئا عن تحقيق المناط، وهو أنّ الزيادة هل هي غيبة، وهل الزّائد على الضّرورة غيبة؛ ولم يكن في نصوص المذهب إبطال التّجريح بهذه الزيادة، تعيّن عدم اعتماد ما ذكره. على أنّ في تجريح البيّنة الشّاهدة بتعدّد الجرحة نظرا من وجوه.

الأوّل: أنّ المشهود له قد يجد المخرج من بعض القوادح المعيّنة في شهوده؛ كالتّجريح بتكرّر الكذب في شيء معيّن؛ فيثبت المشهود له أنّ تلك الكذبات في مصلحة تبيح الكذب؛ وكالتّجريح بترك حضور الجمعة مرّات، فيثبت المشهود له أنّ ذلك لتأويل أو لمرض خفيّ على النّاظرين، وكالقدح بإنكار وديعة، فيثبت المشهود له أنّ تلك الوديعة مقدار مال للمودع (بالفتح) استولى عليه المودع (بالكسر) وتعذّر أخذه منه. فالاقتصار على بعض القوادح فيه خطر إعمال الشّهادة الباطلة؛ وإعانة المبطل على استباحة الأموال المعصومة.

الثّاني: أنّ القدح قد يكون بكبيرة أعلن بها ولم يقلع عنها، وذلك يسلب المقدوح فيه حرمة العرض، ويسمه بالإعلان بالفسق، ولا غيبة في فاسق معلن.

الثّالث: أنّ الغرض إنّما هو إبطال الشّهادة الزّائفة؛ لا إيذاء الشّاهد في وصفه بما يكره.

على أنّ التّجريح بالغيبة قال فيه صاحب العمل المطلق:

"ولا يجرح شاهد بالغيبة ❁ لأنها عمّت بها المصيبة"

ونقل ابن الطّاهر في حاشية التّاودي، عند قول التّحفة "وغير ذي التّبريز" أنّ ابن راشد القفصي قال في أوّل نكاح الفائق ما نصّه: فإن قلت فإذا شهد في حقّ شخص بأوصاف عدّة، مثل كونه شارب خمر، وممّن يعمل بالرّبا وغير ذلك، فينبغي أن يجرّح هذا الشّاهد، لأنّه قد اغتاب المشهود عليه، لأنّ الزّائد على وصف من تلك الأوصاف لا يفيد شيئا، لأنّ التجريح حصل بأحدها، فيكون ما عداه غيبة، وأنت تقول أنّ الشاهد يجرّح بالغيبة، قلت: أنّ الشاهد إنّما يقصد التّجريح، وأمّا لو علم أنّ التّجريح يحصل ببعض تلك الأوصاف، وقدم على الزّيادة مع علمه بالتّجريح، لزم على ما قلناه أن يجرّح بذلك والله أعلم. وقد شافهت في هذه المسألة بعض الفقهاء فقال أنّ الشّاهد يجرّح بذلك. وقال غيره لم يقصد الغيبة، وإنّما قصد التّجريح، يريد فلا يجرّح، وهو أصوب والله أعلم.

والحلّ بالمعارضة يكون بإقامة بيّنة لا يمكن الجمع بينها وبين بيّنة الخصم، أما إذا أمكن الجمع فلا تعارض. كبيّنة شهدت للقائم بالملك، وأخرى شهدت للمدّعى عليه بالحوز، لأنّ الحوز يكون عن ملك وغيره فيعمل بهما معًا، ويقضي لذي بيّنة الملك، إن لم تكن هناك حيازة مستوفية للشروط. ففي الموازيّة[269]: لو أقام رجل بيّنة أنّ هذه السّلعة ملكه، وأقام الآخر بيّنة أنّه اشتراها من السّوق، كانت لذي الملك. اهـ. لأنّ الشراء قد يكون من غير مالك. ولهذا كانت عقود الأشرية لا تفيد الملكيّة، ولا تكون حجّة إلاّ بين المتبايعين. هذا الذي عليه التّعويل، وصرّح به ابن الحاج. أمّا ردّ الونشريسي عليه فمنتقد. وقد أوضح المسألة التّاودي في شرح الزقاقّية وحاشية الزرّقاني.

أما إذا تعارضت البيّنتان، فإن وجد ما يرجّح إحداهما، عمل بالبيّنة الرّاجحة وإلاّ سقطتا. والتّرجيح يكون بأشياء:

الأوّل- ذكر سبب الملك، فإذا شهدت إحداهما بالملك والأخرى به مع بيان سبب الملك، كأن تشهد بيّنة أنّ الدّار ملك لزيد، وأخرى ملك لعمرو بناها بيده، فتقدّم الثّانية على الأولى، ولو كانت أعدل أو في حوز المشهود له. وهذا إذا لم تؤرّخا، أو كانت الشّهادة بالسّبب أقدم تاريخا، فلو كانت الشّهادة بالملك وحده أبعد، كأن تقول كان يملكها منذ ثلاث سنين، وتقول الأخرى بناها منذ سنتين؛ كأن تهاترا ويقضى بالأعدل. انظر حاشية مهدي على الزّقاقّية صفحة 131 —ولو شهدت إحداهما أنّها ملك لزيد، والأخرى أنّه بناها عمرو. فقيل بتقديم بيّنة الملك، وهو اختيار الزّرقاني وابن رحّال والبنّاني والشيخ عمر الفاسي؛ وقيل بتقديم بيّنة السّبب. وهو

---

[269] لمحمد بن إبراهيم الإسكندري المعروف بابن المواّز. تفقّه بابن الماجشون و ابن عبد الحكم و اعتمده أصبغ. وكتابه معروف بالموّازيّة من أجلّ الكتب المالكيّة، ورجّحه القابسي على سائر الأمّهات. مولده في رجب 180،و توفي في دمشق سنة 269 و قيل سنة 281.

ما في التّوضيح واختاره مصطفى وجسوس[270] والتّاودي والرّهوني، وهو الأشبه. لكن تقديم ذات السّبب مشروط بشرطين، الأوّل أن يقولوا بناها لنفسه، والثّاني أن لا يكون منتصبا للنّاس، فإن انتصب لهم، لم ينتفع بالشّهادة؛ وإنّما يقضى له على من شهد له بالملك بقيمة عمله؛ بعد حلفه أنّه ما عمله باطلا. وليس حلفه المذكور مكذّبا لما ادّعاه أوّلا. قاله بنّاني.

الثّاني– زيادة العدالة، في المال وما يؤول إليه. قال في المدوّنة قال مالك: من كانت في يده دور أو عبيد أو عروض أو دراهم أو دنانير، أو ما أشبه ذلك من الأشياء، فادّعى ذلك رجل، وأقام بيّنة أنّ ذلك له، وأقام من ذلك بيده أنّه له؛ قضي بشهادة أعدلهما؛ وإن كانت أقلّ عددا. اهـ. فإن كانت البيّنتان متساويتين عدالة؛ إلا أنّ مزكّي إحداهما أعدل من مزكّي الأخرى؛ لم يعتبر عند ابن القاسم وهو المشهور، وقيّدنا التّرجيح بزيادة العدالة؛ بكون المشهود فيه مالا أو آيلا إليه؛ للاحتراز عن الشّهادة بالعتق والحدود والدّماء في العمد والتّجريح والطّلاق والنّكاح؛ فإنّ زيادة العدالة فيها ملغاة، كما قال الزّقّاق

بعتق نكاح ألغ زيد عدالة ❁ كحدّ طلاق مع دم جرح أنجلا

فلو أنّ أربعة نفر شهد إثنان منهم أنّه طلّق امرأته في مجلس. وشهد آخران أنّه لم ينطق في مجلسه ذلك بشيء من الطّلاق، ولكنّه حلف بعتق غلام له سمّاه، سقطت الشّهادتان، لأنّ بعضهم كذّب بعضا. قاله ابن القاسم؛ قال وإن اختلفوا فقال بعضهم نشهد أنّه طلق امرأته فلانة، أو أعتق غلامه فلانا. وقال الآخران نشهد أنّه ما ذكر امرأته فلانة حتى تفرّقنا، أو ما حلف بطلاقها، ولكنّه حلف بطلاق امرأته فلانة، يريد امرأة

[270] هو محمد بن قاسم جسوس. شيخ الجماعة في وقته. أخذ عن عمّه عبد السّلام جسوس والمسناوي ومحمد بن عبد القادر الفاسي وولده الطّيب الفاسي والعربي بردلة وابن زكري. وأخذ عنه الشيخ التّاودي. له شرح على المختصر وشرح على الرّسالة وشرح على الشّمائل وشرح على الحكم العطائيّة. مولده سنة 1089 وتوفّي سنة 1182.

أخرى، أو قالوا نشهد أنّه ما أعتق الذي شهد تمّ له بالعتاقة، ولكنّه أعتق فلانا غلاما له آخر؛ فإنّ الشهادة تبطل؛ وتنقض من قبول الأوّلين والآخرين في الطلاق والعتاق. نقله الحطاب.

الثّالث – النّقل يرجّح على الاستصحاب، فمن له دار وتوفّي عنها، فادّعى ولده أنّها لم تزل على ملك أبيه إلى الموت، وأقام على ذلك بيّنة، وادّعت زوجته أنّه أعطاها لها في صداقها أو اشترتها منه، وأقامت على ذلك البيّنة، فتقدّم بيّنتها لأنّها ناقلة، وبيّنة الابن مستصحبة والتّحقيق، كما قال الشيخ التّسولي في حاشية الزّقاقيّة، أن لا تعارض هنا، لأنّ المستصحبة شهدت بنفي العلم بالخروج؛ وذلك لا يقتضي عدم الخروج، فلا تعارض النّاقلة العالمة به، نعم إذا قالت هذه وقع النّقل بالبيع، أو الطلاق في وقت كذا، وقالت الأخرى لم يقع بينهما بيع ولا طلاق مثلا، في ذلك الوقت أصلا فيتعارضان حينئذ، وتقدّم بيّنة النّقل. قاله التّسولي. وانظر هل يخالف ذلك ما نقلناه عن ابن القاسم حسب نقل ابن رشد كما في الحطّاب. على أنّ المسألة ترجع إلى الإثبات والنّفي.

الرّابع – الإثبات على النّفي والمراد إثبات الشّيء المتنازع فيه. فإذا تنازعا في حوز العطيّة، فالبيّنة الشّاهدة به مثبتة، والبيّنة الشّاهدة بعدمه نافية. وإذا تنازعا في أنّه أوصى وهو تام العقل، فالتي شهدت بالتّمام مثبتة فتقدّم. وإذا تنازعا في البيع أو الطّلاق أو الضّرر، فالبيّنة الشّاهدة بها مقدّمة على النّافية لها. وإذا تعارضت بيّنتا تعديل وتجريح؛ قدّمت بيّنة الجرح، لأنّها اطّلعت على ما لم تطّلع عليه الأخرى. وإذا شهدت بيّنة أنّ المحبّس لم يخرج عنه الحبس إلى أن توفّي وهو بيده، وشهدت أخرى أنّ المحبّس عليه حازه، فقال في المعيار: اختلف أصحابنا في ذلك، فقيل ينظر إلى أعدل البيّنتين ويقضى بها، وقيل ينظر إن كان الحبس بيد المحبّس عليهم وقت الدّعوى فالحبس نافذ، وقيل شهادة من شهد بالحوز أولى بالقبول والجواز إذا كانت عدلة، وإن

كانت الأخرى أعدل، لأنّ شهادة الحيازة تثمر حكما، وتوجب حقّا، وشهادة الذين لم يشهدوا بالحيازة ينفون ذلك. ومن أثبت شيئا أولى ممّن نفاه. هذا الذي تقرّر عليه مذهب مالك وأصحابه، وبه قال حذّاقهم وبه أقول. اهـ.

الخامس – الأصالة على الفرعيّة يدخل تحت هذا العنوان بيّنتا الصّحة والمرض، وبيّنتا الطوع والإكراه، وبيّنتا الصّحة والفساد، وبيّنتا الرّشد والسّفه، والعسر واليسر، والعدالة والجرحة والحريّة والرّق، والكفاءة وعدمها والبلوغ وعدمه. فتقدّم بيّنة الإكراه والصحّة والسّفه واليسر والجرحة والكفاءة والحريّة والبلوغ على أضدادها. وإنما قدّمت بيّنة الإكراه والسّفة والبلوغ لأنّها ناقلة، وإن كانت أضدادها أصولا. وقدّمت بيّنة اليسر، لأنّ الأغلب التكسّب، وإن كان الأصل الفقر؛ ولأنّ بيّنة العسر تشهد بنفي العلم؛ وتعتمد على قرائن ظنيّة، بخلاف بيّنة اليسر.

فلو شهدت بيّنة بنكاحه صحيحًا؛ وبيّنة به مريضًا مرض المنع، قدّمت بيّنة الصّحّة. وقيل بتقديم بيّنة المرض، وقيل ترجّح التي هي أعدل قاله ابن عرفة. وإذا شهدت بيّنة المرض بأنّه تبرّع في حال صحّة بدنه. والأخرى في مرضه المخوف، قدّمت بيّنة الصّحة، ويكون التبرّع نافذا إن حيز، وليس من هذا إذا شهدت بيّنة بأنّ المرأة مازالت على عقلها إلى الآن؛ وشهدت أخرى أنّه طرأ اختلال عقلها نحو عشرة أشهر، فإنّ بيّنة الاختلال تقدّم، لأنّها مثبتة وناقلة، والأخرى نافية ومستصحبة. فلا يلزم ما عقدته من بيع أو غيره في هذه المدّة. قاله المهدي في حاشية الزقّاقيّة صفحة 135.

السّادس والسّابع – التاريخ وسبقه. فتقدّم المؤرّخة على المطلقة، والأقدم تاريخا على الأحدث، فلو ادّعى المرأة رجلان، وأنكرتهما أو أحداهما وأقام كل البيّنة، فسخ، فلو أرّخت إحداهما برمضان، والأخرى بيوم منه، قضي بذات اليوم، إلاّ أن تقطع الأخرى أنّ النّكاح كان قبل ذلك اليوم، فترجّح لأنّها أقدم تاريخا، ووجه

ذلك أنّ المشهود فيه ثبت للأقدام، والأصل الاستصحاب. وما أثبتته البيّنة الأخرى محتمل، لمعارضة هذه البيّنة له فتساقطتا فيما تعارضتا فيه؛ ويبقى استصحاب الحال لذات التاريخ الأقدم خاليا عن المعارض. قاله ابن عبد السلام، وترجّح الأقدم تاريخا، ولو كانت الأخرى أعدل. وسواء أكان الشّيء بيد إحداهما أو أيديهما؛ أو يد ثالث أن لا يد.

الثّامن – الترجّح بكمال البيّنة. فيقدّم الشّاهدان على الشّاهد واليمين؛ والشّاهد والمرأتين.

التّاسع – التّرجيح بالتّفصيل. فتقدّم البيّنة المفصّلة على البيّنة المجملة. فإذا شهدت بيّنة أنّ ولاء بكر لزيد؛ وقبلت على إجمالها؛ لأنّ شهودها من أهل العلم، وشهدت بيّنة أخرى أنّه لعمرو، وأنّه باشر عتقه أو جرّ ولاءه له بولادة أو عتق، قدّمت الثّانية على الأولى.

وإذا لم يوجد مرجّح لإحدى البيّنتين على الأخرى، فإن كانت الشّهادتان فيما لا يعلم أصله؛ بقي الشّيء بيد حائزه من المتداعيين مع يمينه على المشهور. وإن كانتا فيما عرف أصله، ككونه بالإرث عن فلان، وأقام كل البيّنة أنّه وارثه؛ فلا يختصّ به الحائز ويقسم بينهما؛ ولو أقام أحدهما أنّه وارث فلان وحده وأخذ المال. ثمّ أقام آخر بيّنة كذلك فهو بينهما. قاله في المدوّنة. انظر شرح الفاسي للزّقّاقية.

وإذا كان المدّعى فيه بأيديهما معًا، أو لا يد عليه لأحد، وتنازعاه وتكافأت بيّنتاهما. قسم بينهما على حسب دعواهما كالعول مع إيمانهما.

وإذا كان المتنازع فيه بيد ثالث وسقطت البيّنتان؛ فإن أقرّ به لواحد منهما فهو للمقرّ له بيمينه، وإن أقرّ به لغيرهما، أو لم يدعه لأحد فهو بينهما، ولا يعتبر قوله ولا سكوته. وإن ادّعاه لنفسه، فهو له بيمينه قاله الزّرقاني.

والإعذار للخصم قبل الحكم واجب. والحكم بدونه باطل عند أهل المذهب. وينقض إذا ثبت عدم الإعذار ببيّنة، أن بإقرار الخصمين والقاضي، أمّا لو ادّعى المحكوم عليه عدم الإعذار، فلا يتعقّب الحكم عند مطرّف وابن الماجشون، وعند غيرهما يستأنف الإعذار، فإن أبدى مطعنًا نقض وإلاّ فلا قاله الزّرقاني. وقيّد الزّرقاني وجوب الإعذار بما إذا ظنّ القاضي جهل من يريد الحكم عليه بأنّ له الطعن أو ضعفه عنه، وإلاّ لم يجب، بل يحكم إن لم يطلب الخصم القدح. اهـ. قلت: وما نقله الزّرقاني عن مطرّف وابن الماجشون، هو الذي به العمل التّونسي، ففي أواخر قضاء البرنامج لعظوم ما نصّه : وإذا أنكر محكوم عليه وقوع الحكم وادّعاء الحاكم، صدّق المحكوم عليه إلاّ بيّنة على الحكم؛ بخلاف اختلافهما في وجود السّبب؛ كإقرار الخصم. قلت وفي معناه تأجيله والإعذار إليه. وحاصله وجود سبب الحكم وشرطه وانتفاء مانعه مصدّق فيه؛ فالقول في وجوده وعدمه قوله، لا قول المحكوم عليه. وقال أصبغ في الواضحة: إن أنكر المحكوم عليه أن يكون خاصم عند القاضي وأعذر إليه فحكم عليه؛ قبل قول القاضي بأنّه فعل ابن ناجي في الثّالثة عشر من أقضية كبيره: "وقع في أحكامي بالقيروان مثل هذه المسألة؛ وأفتى شيخنا الزغبي[271] بأنّ قولي مقبول عليه، عملا بقول أصبغ" . اهـ.

والإعذار بشاهد واجب وبعدلين مستحب. وإذا أعذر القاضي بأَبَقِيَتْ لك حجّة، فقال لا؛ فحكم عليه؛ ثم جاء بحجّة وزعم أنّه لم يكن أعذر إليه؛ فاستظهر المحكوم له بشهادة عدلين على الإعذار، فقال المحكوم عليه، أعذر لي فيهما؛ لم يجبه القاضي إلى ذلك؛ إذا كان وجههما لغائب عن مجلس الحكم كالمريض والمسجون،

[271] هو أبو يوسف يعقوب بن أبي القاسم الزّغبي التّونسي. قاضي الجماعة بتونس بعد الغبريني. من أكابر أصحاب ابن عرفة. توفي سنة 833.

لأنّ القاضي أقامها مقام نفسه. ومثلهما ما وكّل من وجّهه بالنّيابة عنه، كتوجيه الشّهود للحيازة، أي بيان حدود العقّار، وتوجيههما لحضور اليمين؛ أو لحضور تطليق المرأة وأخذها بشرطها. وأما إذا كان شهيدا الإعذار شهدا على الإعذار للخصم الحاضر مجلس الحكم، فإن أدّياها في ذلك المجلس فلا إعذار فيهما وإلاّ أعذر، أي مكّن من الطعن فيهما قاله ابن سهل. واختلف في الإعذار هل هو بسيط أو مركّب؛ والأوّل مذهب الأقدمين وظاهر المدوّنة والمختصر والشّامل وابن عرفة، حيث عرّفه بقوله "سؤال الحاكم من توجّه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه" وهو اختيار بعض حذّاق الشيوخ من التّونسيين. وعليه فيكون إعطاء النّسخة للإعذار، والتّأجيل لذلك وسيلة له ووسيلة الواجب واجبة. وقيل هو مركب من قول؛ وهو أبقيتْ لك حجّة وفعل، وهو إعطاء النّسخة والتّأجيل؛ وهو مذهب المتأخّرين. وردّه أولئك الشّيوخ الحذّاق بأنّ الإعذار مجمع على اعتباره في كلّ نازلة؛ وأمّا أخذ النّسخة فغير متّفق عليه في كلّ نازلة، ولا يقول به أحد في كلّ شيء؛ فلو كان جزءا من أجزاء الإعذار لزم أن يكون مجمعا على اعتبار في كلّ نازلة، إذ المركّب لا يتحقّق إلا بتحقّق جميع أجزائه. اهـ، وقد تحصّل أنّ إعطاء النّسخة للإعذار إما وسيلة أو جزء وشرط لا يتمّ الإعذار بدونه. وقد ذكر المسألة الشيخ قاسم عظوم في أجوبته. قاله ابن الطّاهر في حاشيته. وإذا طلب المشهود عليه الإعذار في شهود البيّنة. أجابه القاضي إليه، ولا يتوقّف ذلك على حضور المشهود له. قاله ابن القاسم وأصبغ، وقال هذا محض القضاء، قال ابن رشد: وهذا مما لا اختلاف فيه؛ لأنّ من حقّ المشهود عليه أن يعرض عليه ما شهد له به، ويعذر إليه فيه، ولا حقّ للمشهود له في أن يكون ذلك بحضرته؛ كما أنّه لا حقّ للمشهود عليه أن يشهد الشّهود بحضرته. اهـ. من التّبصرة صفحة 139 من الجزء الأوّل.

المبحث السّادس في العقلة

إذا طلب المدّعي عقلة الشّيء المتنازع فيه، فإن لم يكن له إلاّ مجرّد الدّعوى لم يجب مطلبه على المذهب، وهو ما به العمل عندنا، وجرى عمل فاس بالتّوقيف بمجرّد الدّعوى. وإذا أقام البيّنة على ما يدّعي أجيب إلى ذلك. والعقلة نوعان عقلة حيلولة، أي انتزاع الشّيء من يد المشهود عليه، ووضعه تحت يد أمين. وعقلة عدم تفويت وعدم تغيير للمدّعى فيه، واشتهر في عرف العامّة التعبير عنها بالعقلة التّحفظيّة. فأمّا عقلة الحيلولة، فتكون بشهادة عدلين بالملكيّة، إذا بقي للحكم بشهادتهما الإعذار فيهما، وتكون بشهادة مجهولين احتاجا إلى التّزكية، وقول التّحفة "وحيثما يكون حال البيّنة" البيتين، معترض، مخالف لكلام ابن الحاجب[272] وخليل وابن عرفة، واختلف في شهادة العدل الواحد بالاستحقاق، فقال سحنون توجب شهادته عقلة الحيلولة. وقال ابن القاسم بنفيها، وجعل ابن العطّار[273] في وثائقه قول سحنون مقابلا لما صدّر به من ترتيب حيلولة عدم التّفويت بشهادته. ونصّه باختصار؛ لا تجب العقلة بشاهد واحد، ولكنّه يمنع المطلوب أو يحدث في العقّار بناء أو بيعًا أو شبه ذلك بالعقل، ولا يخرج من يده. وقال سحنون وإن أقام المدّعي شاهدًا عدلا لا عقل عليه. اهـ. وإذا عقل المتنازع فيه عقلة حيلولة، فما له غلّة كالبساتين، وما له خراج كالحوانيت ودور الكراء، فحيلولته برفع يد المتصرّف فيه ووضعه تحت يد أمين، يجمع ما تحصّل

---

[272] هو أبو عمرو جمال الدّين عثمان بن عمر بن أبي بكر يونس المعروف بابن الحاجب المصري ثم الدمشقي ثم الإسكندري. من أكابر العلماء المبرّزين في فنون كثيرة. أخذ عنه الشّهاب القرافي وابن المنير وناصر الدّين الإبياري والزّواوي. وهو أول من أدخل مختصره الفرعي لبجاية ومنها انتشر بالمغرب – له تآليف كثيرة في الفقه والأصول والعلوم اللّسانية، من أشهرها مختصره الفرعي ونهاية السّول ومختصره الأصلي وشرح المفصّل والأمالي. مولده سنة 570 ووفاته بالإسكندريّة سنة 646.

[273] هو محمد بن أحمد المعروف بابن العطّار الأندلسيّ الفقيه العارف بالشّروط والأحكام، له كتاب في الوثائق عليه المعوّل. وله رحلة اجتمع فيها بابن أبي زيد القيرواني. مولده سنة 330 وتوفي سنة 399.

من بيع غلّته أو من كرائه ويبقيه تحت يده، إلى أن يقع الحكم فيدفعه لمستحقّه. وما ليس له غلّة كدور السكنى المرادة لها لا للكراء، فعقلتها بإخلائها من أمتعة المتصرّف فيها. وأمّا الأرض فقال ابن زرب[274] عقلتها بمنع حرثها وزراعتها، وهو الذي نظمه صاحب التّحفة والزّقاق؛ وقال عيسى بن أيوب: تزريع الأرض وكراؤها من النّظر للفريقين؛ وتوقيفها ومنعها من ذلك ضرر؛ نهى عنه النّبي صلى الله عليه وسلم لما فيه من إضاعة المال. وقال أصبغ بن سعيد؛ الذي أقول به أنّ الأرض تكرى ممّا يعمّرها على ما يجوز من الكراء، ولا تعطى لمن يزرعها من قبل نفسه على المساهمة. نقله الشّريف في حواشي الزقّاقية. قلت شاهدنا الحكّام يجرون اليوم في الأرضين على ما لأصبغ بن سعيد وهو الذي فعلناه، وبلغنا أن غيرنا ممّن تقدّمنا ينتحيه. ثم إن كان المتنازع فيه جميع الأصل وقف الكراء كلّه، وإن كان في حصّة منه فقط، وقف ما فيه النّزاع وما لا نزاع فيه على الرّاجح، ووقف ما فيه النّزاع فقط على ما اختاره غير واحد من المتأخّرين؛ وهو الذي انتحاه القضاة اليوم.

وأما عقلة عدم التّفويت والتّغيير، فتكون بشهادة العدل الواحد أو المرجو العدالة، أو الشهود غير العدول. فيعقل المتنازع فيه. بمعنى أنّه يمنع من يده من تفويته ببيع أو هبة أو غير ذلك من المفوتات، ويمنع من تحويله عمّا هو عليه بإحداث بناء فيه أو هدم له أو غرس أو قلع، ويبقى بيد حائزه.

المبحث السّابع في التّعجيز

إذا انتهى الأجل المضروب لإحضار البيّنة للقائم. أو للطّعن فيها بالنّسبة للمطلوب، ولم يدل المؤجّل بما تأجّل عليه. فإنّ القاضي يحكم بتعجيز المؤجّل طالبا

[274] هو أبو بكر محمد بن بقي بن زرب القرطبي. قاضي الجماعة بقرطبة. تفقّه به ابن الحذاء وابن مغيث. مولده سنة 317 وتولّى القضاء سنة 367 وتوفي وهو يتولاّه في رمضان سنة 381.

كان أو مطلوبًا. وفائدة الحكم بالتّعجيز، إمّا على القائم. فعدم سماع ما يأتي به من البيّنات على إثبات دعواه، وإما على المطلوب فعدم سماع قدحه في بيّنة المدعي. ومن هنا لزم الاعتناء بالتّأجيل على إقامة البيّنات أو الإعذار فيها، وينبغي أن ينتبه إلى أنّ ابتداء الأجل يحسب من غد يوم التّأجيل. ولكون التّعجيز يقطع حجّة المعجّز، وجب أن لا يقع التّعجيز في الحقوق التي إذا ثبتت لا يجوز إسقاطها، وهي التي جمعها صاحب التّحفة في قوله:

إلاّ ادعاء حبس أو طلاق ❁ أو نسب أو دم أو عتاق

فإذا ادّعى قائم أنّ هذه الدّار وقف على الفقراء أو طلبة العلم؛ وعجز عن إثباته ثم أثبته قُبِل، بخلاف الوقف على معيّن كزيد فإنّه إذا عجز عن إثباته يمضي عليه التّعجيز، قاله التّاودي، لكن قال التّسولي في حواشي الزقّاقيّة: قد يقال هذا داخل في الضّابط المتقدّم، إذ الحبس حق لله، فليس للمحبّس عليه بعد قبوله إسقاطه وبيعه مثلا، فلا تعجيز فيه، وكل من عبّر بالحبس أطلق فيه، ولم يقيّده الزّرقاني ولا غيره ممّن وقفت عليه. اهـ. ويؤيّد ما للتّسولي؛ ما في شرح ابن مرزوق على المختصر في مبحث التّعجيز، ونصّه : وأمّا الحبس على معيّن ففيه نظر، إلاّ أن يقال فيه حق لله في امتناع بيعه ونحو ذلك. اهـ. والعمل عندنا على عدم التعجيز مطلقا، لأنّ غالب الأحباس على محصور غير معيّن؛ كأولاده ثم أولاد أولاده، ولحق المرجع، وعدم التّعجيز في الوقف إنّما هو في إثباته، أما ادّعاء نفيه ففيه التّعجيز. وإذا ادّعت المرأة على زوجها الطّلاق، وعجزت عن إثباته ثم أثبتته قبلت بيّنتها، ولو صدر الحكم باستمرار الزّوجية بينهما وبقائها في العصمة. بخلاف الزوج ينكر الطّلاق فتثبته بيّنة، فيعجز عن القدح فيها، فيحكم عليه بالطّلاق والتّعجيز، ثم يجد القادح، فلا تسمع بيّنته ويمضي عليه التّعجيز. وإذا ادّعى الرجل أنّه ابن لفلان، وأنكره بقيّة الورثة، فعجز عن الإثبات، ثم أثبته ببيّنة، قبل بيّنته، ولو وقع الحكم عليه بانتفاء النّسب. وإذا أراد القاتل تجريح من

شهد عليه بالقتل فعجز، فحكم القاضي عليه بالقتل، ثم وجد من يجرّح البيّنة الشاهدة عليه بالقتل فإنّها تسمع منه، ولا يعمل بتعجيزه لخطر الدماء. بهذا صوّر ابن مرزوق، لكن قال الشيخ بنّاني: محلّه إذا أتى بها قبل استيفاء الحكم، أما إن قام ورثة المدّعى عليه بعد قتله بما يجرّح بيّنة المدّعي؛ فالظاهر أنّ ذلك لا يسمع منه. اهـ. فإن ادّعى وليّ القتيل القتل على إنسان وعجز عن إثباته، فإنّه يعجز، لعدم اندراجه تحت الضّابط، إذ لمدّعي القتل إسقاطه بعد ثبوته، بالعفو عن القاتل مجانا أو بعوض. وإذا ادّعى العبد على سيّده الإعتاق وعجز عن الإثبات، ثم شهد له عدلان به أعتق العبد.

وكتب التّعجيز والإشهاد عليه حقّ على القاضي. قاله في المفيد وابن هارون في اختصار المتيطيّة، واستظهر التّاودي في شرح الزّقاقيّة: أنّه حقّ للحاكم والمحكوم له معًا، لما فيه من قطع الشّغب وحسم تطويل الدّعاوي. والمعتمد في تصويره قول اللّقاني[275]: الحكم بعدم قبول بيّنة يأتي بها، وأنّه زائد على الحكم بالحقّ لاعينه، وذلك أنّ الحاكم يفعل ثلاثة أشياء:

- أوّلها الإعذار، وهو سؤال الحاكم من توجّه عليه موجب الحكم: أبقيت لك حجّة، وفائدته استقصاء الحجج.
- الثّاني الحكم. وهو إلزام الحقّ أو إبطاله، وفائدته قطع النّزاع.
- الثّالث التّعجيز، وفائدته عدم سماع ما يدلي به من البيّنات بعد. ولا ينبغي أن يغترّ في هذا المقام بكلام الشّيخ التّسولي في شرح التّحفة مما خالف ما ذكرناه؛ فإنّ فيه تخليطا، وقد تكفّل بالردّ عليه وأحسن مهدي في حاشية التّحفة.

---

[275] هو محمد بن حسن اللّقاني الملقّب بناصر الدّين. أما أخوه فهو الملّقب بشمس الدّين. وكّل منهما حافظ للمذهب محقّق. فالشيخ شمس الدّين مولده سنة 857 وتوفي سنة 935 –وناصر الدّين مولده سنة 873 وتوفي سنة 985 –وشمس الدين له طرر محرّرة على المختصر. وناصر الدّين انفرد بالرّئاسة بعد موت أخيه. وله طرر على التّوضيح وحاشية على شرح المحلّي لجمع الجوامع وحاشية على شرح السّعد للعقائد. أما الشيخ إبراهيم اللقاني فهو من شيوخهما وكان قاضي القضاة بمصر. مولده سنة 814 وتوفي سنة 889.

ولا يلزم في التّعجيز التّصريح بهذه المادّة؛ بل لو قال: حكمت بعدم سماع ما يأتي من الحجج في القضيّة لكان تعجيزًا. والعمل جار على عدم قول البيّنة بعد التّعجيز، سواء اعترف بالعجز أو أنكره. وإن جرى خلاف في أولى الصّورتين فقيل بالقبول وقيل بالردّ؛ وقيل تسمع من الطّالب دون المطلوب. وهي التي حكاها الزّقّاق في لاميّته بقوله:

وإن قام ذو التّعجيز بعد بحجّـــة ❁ وقـد كـان ينفي العجز فأردد وأبطلا

وإن كان قد ألقى السلاح فهل كذا ❁ نعم لا ولا إن كان مطلوبا إنجـــلا

واختلف هل يعجز الوصيّ في حقّ منظوره. وذكر المتيّطي في ذلك قولين من غير ترجيح، وفي أحكام ابن بطّال[276] : الذي به العمل إعماله؛ وأنّه تعجيز للمحجور. قال عظوم في برنامجه: إن أراد تعجيزه باعترافه بالعجز ففيه إشكال؛ لأنّه إقرار في حقّ المحجور؛ وإن أراد بتعجيزه الحكم عليه بالعجز ونفوذ الحجّة؛ فواضح لا إشكال فيه.

[276] هو سليمان بن محمد بن بطّال بن أيوب البَطَلْيَوسي. أخذ عنه ابن عبد البرّ وابن الحذاء، له كتاب المقنع في أصول الأحكام من الكتب المعتمدة؛ وكتاب الدّليل إلى طاعة الجليل. توفي سنة 402.

الباب الثّاني

في مستند الحكم
وهو إما يمين أو إقرار أو إبراء أو إسقاط أو التزام أو شهادة:
فانحصر الكلام فيه في ستّة فصول

الفصل الأوّل
في اليمين وفيه مباحث

المبحث الأوّل في صيغتها

اليمين في مقاطع الحقوق صيغتها: بالله الذي لا إلاه إلاّ هو. فلو اقتصر الحالف على اسم الجلالة؛ أو على قوله بالذي لا إلاه إلاّ هو؛ لم يكف ذلك على المذهب؛ حتى يجمع بينهما خلافًا للّخمي. انظر شرح التّاودي للتّحفة عند قولها "وبالله يكون الحلف" فلو توجّهت للرّجل قبْل خصمه يمين؛ فأمره أن يحلف له بالطّلاق فحلف له به؛ ثم رجع فقال لا أكتفي بها؛ فله ذلك وإن قام بالفور، وإن قام بعد الطّول فلا مقال له، قاله ابن سهل؛ وأشار إليه الزّقاق في لاميتّه بقوله:

كجمع الدّعاوي في يمين سوى التي ❁ تردّ ومن يحلف بلا من له العلا

أعاد بقرب...ولو حلف بيمين تشمل اليمين بالله – كالأيمان اللاّزمة – لا تكفيه يمينه ولابدّ من إعادتها. قاله ابن عرفة، ونقله الوانوغي. وذكر كلام ابن عرفة صاحب المعيار آخر نوازل الدّعاوي.

وتكون اليمين على البتّ، إن ادّعى لنفسه أو لموروثه شيئا؛ أو نفى عن نفسه. وتكون على نفي العلم إن نفى عن غيره، كما قال في التّحفة "ومثبت لنفسه..." البيتين.

المبحث الثّاني في الكيفيّة التي يكون عليها الحالف عند اليمين:

يلزم إذا كان الحقّ ربع دينار فأكثر، الإتيان باليمين من قيام، وأن يكون الحالف مستقبل القبلة على ما جرى به العمل. والخلاف في المسألتين مرويّ. قال في العمل المطلق[277]:

[277] معنى العمل المطلق: العمل الذي لم يتقيّد بخصوص بلد. ولذلك يذكر ما جرى به العمل في فاس أو في الأندلس أو في تونس. وناظم ذلك هو الشيخ محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجلالي الفلالي السّجلماسي. ووضع عليه شرحا أتمّه في 12 جمادى الثانية سنة 1196.

وغلظت فيما له بال على ❁ من وجبت فقائمًا مستقبلا

المبحث الثّالث في مكانها:

يحلف من توجّهت عليه اليمين في أقلّ من ربع دينار في مكانه. ويلزم أن يكون الحلف في ذي البال؛ وهو ربع دينار فأكثر بالجامع، فإن أبى أن يحلف فيه عدَّ ناكلا. فإن سأل المحلوف له مسجدًا آخر يعظّمونه؛ أجيب إلى مطلبه. قاله ابن ناجي. وبه العمل، كما في حاشية ابن الطاهر، ونظمه صاحب العمل المطلق فقال:

وعندما تغلّظ اليميـــن في ❁ ربع دينار مكان الحلــف

المسجد الجامع هو الأعظـم ❁ ما لم يكن في بلد يعظّـم

فيه سواه من مساجدهـم ❁ فإن في هـذا يكـون القسـمُ

ولو طلب الخصم تحليفه على المصحف، أو سورة براءة، أو قد سمع، أو أضرحة الصّالحين، أجيب إلى ذلك. على ما أفتى به جمع من المتأخّرين. لأنّ المقصود من اليمين هو الإرهاب. أما لو طلب تحليفه بالطلاق، فلا ينبغي أن يجاب إليه، ولا يعتمد ما ذكره الزّرقاني هنا. انظر حاشية مهدي على التّحفة.

ويكون الحلف في أعظم المواضع في المسجد، وهو ما بين المنبر والمحراب. قال ابن النّاظم[278]: "وأكثر موثّقي الزّمان يحلّفون حيث تأتّى لهم، ولا أعلم مستندهم؛ والغالب على الظنّ أنه جهل منهم بالفقه". اهـ. قلت وقد شاهدنا الحلف في الجوامع يكون عند المصحف الموضوع بوسطها، وما رأينا الحلف بين المنبر والمحراب أصلا.

---

[278] هو أبو يحيى محمد بن أبي بكر محمد بن عاصم العالم البليغ المفوّه، تولّى وظائف كثيرة منها القضاء والكتابة والوزارة والإمامة والخطابة. له من المؤلّفات شرح تحفة الحكّام لوالده والرّوض الأريض في تراجم ذوي السّيوف والأقلام والقريض، وذيل الإحاطة وجنّة الرّضا في التّسليم لما قدر به الله وقضى. وساق جملة من عيونه المقّري في أزهار الرّياض، كان بالحياة سنة 857 وتوفّي على ما قيل؛ ذبيحا من جهة السّلطان.

وهو جار على قول المدوّنة: ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر؛ إلاّ منبر النبيّ صلى الله عليه وسلم، في ربع دينار. قال أبو إبراهيم[279]: "فيه إشارة إلى أنّ الجامع كلّه سواء. وهي رواية في المذهب". اهـ. وقال ابن عبد السّلام: ظاهره أنّ الجامع كلّه سواء. وهي رواية في المذهب إلاّ منبر مسجد المدينة ومنهم من تأوّله. اهـ. أي بجعل عند بمعنى على؛ أي فيحلف على منبر المدينة، لأنّ له حرمة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "من حلف على منبري آثمًا فليتبوأ مقعده من النّار". بخلاف منابر سائر المساجد؛ فإنّ الحالف يحلف عندها لا عليها، لأنّ الحرمة لموضعها لا لها، كما لو أزيلت عنه لإصلاح، فلا يحلف إلاّ في موضعه، بخلاف منبر النّبي صلى الله عليه وسلم، فلا يكون الحلف إلاّ عليه أينما حلّ. قاله ابن رشد في كتاب الأقضية الأوّل من سماع أشهب من كتاب الهبات والصّدقات من العتبيّة.

وإذا لم يكن للخصوم جامع، جلب من توجّهت عليه اليمين إلى الجامع الذي على قدر مسافة الجمعة من منازلهم، لأنّ لهم جامعًا حكمًا. فإن كان الجامع على مسافة لا تجب معها الجمعة. حلف حيث هو.

ولو ادّعى من توجّهت عليه اليمين، عجزه عن الخروج للجامع لمرض ؛ فحكى ابن عرفة في المسألة أربعة أقوال. قال ابن بقيّ: إن ثبت ذلك ببيّنة حلف ببيته وإلاّ خرج. وقال ابن حارث: إن ثبت ذلك ببيّنة. حلف ببيته وإلاّ حلف لا يقدر على الخروج، لا راجلا ولا راكبا؛ وخيّر المدّعي في تحليفه ببيته وتأخيره لصحّته؛ فإن نكل لزمه الخروج أو ردّ اليمين. وقال ابن لبابة: "إن ثبت مرضه، حلف ببيته على المصحف، وإلاّ حلف على عجزه. وخيّر المدّعي في الأمرين". وقال ابن زرب:

---

[279] هو إسحاق بن إبراهيم التّجيبي. أخذ عن ابن لبابة وأسلم بن خالد وبهما تفقّه. توفّي بطليطلة سنة 352 وقيل سنة 354 وسنّة خمس وتسعون سنة.

يختبره القاضي، يبعث له شاهدين. وأنكر هذا القول محمد بن مسيرة. وقد أشار الزقّاق إلى هذه المسألة بقوله:

ومن عجزه عن مسجد يدّعي فهل ❁ يحلف في بيت إذا عجزه انجـــلى

وإلاّ فأخرج أم يخيّر مـــــدع ❁ ببيت وتأخير إن أقســـم أو لا

وإلا فأخرج أو يمينا بمصحـــف ❁ وإلا فحلف ثم خيّر بما خـــلا

(أي مضى و تقدّم)...ولا تكفي اليمين في مقاطع الحقوق، إذا حلفها في الجامع بغير حضرة الخصم؛ ولو حضر اليمين عدلان، ويلزمه أن يعيدها بحضرته، إلاّ إذا تغيّب المحلوف له بعد الحكم له بها؛ وأقام القاضي له وكيلا يقتضيها، فلا حجّة له حينئذ؛ وتكفي الخصم، اليمين بمحضر الوكيل المقام. ولو طلب أحد الخصمين تعجيل اليمين، وطلب الآخر تأخيرها فالقول لطالب التّعجيل.

والمرأة مثل الرجل في حلفها في الجامع، إذا كانت تخرج في مصالحها نهارًا. فتخرج لليمين التي تغلّظ نهارًا. أما التي لا تخرج إلا ليلا، فتخرج لليمين ليلا، طالبة كانت أو مطلوبة. وتحلف بحضرة الخصم؛ فإن أبت هي أو زوجها من حضوره؛ خشية الاطّلاع عليها؛ فإنّه يبعد عنها أقصى المسجد. بقدر ما يسمع لفظ يمينها. قاله ابن عبد السّلام. انظر التّسولي وحاشية ابن الطّاهر. والتي لا تخرج نهارًا ولا ليلا، يبعث إليها القاضي شاهدين؛ يشهدان على يمينها إن كانت مطلوبة فإن كانت طالبة خرجت ليلا. قاله التّاودي. وإذا حلفت المرأة ببيتها. فلا يقضى للخصم بحضوره مع الشّاهدين، على ما للزّرقاني تبعًا للأجهوري. وجعله ابن عرفة ظاهر المدوّنة. ويقضى بحضوره، ويبعد عنها أقصى ما يسمع صوتها ولا يرى شخصها، كما في شهادات البرزلي ونقله الحطّاب في القضاء، وهو الذي ينبغي اعتماده.

وإذا وقع التّنازع في خروجها فعليها الإثبات: أنّها من أهل الحجاب؛ وأنّها ممّن يحلف ليلا. كما في التّبصرة صفحة 78 عن المتيطيّة. قاله التّسولي. ويكتب في حجّة اليمين: ثبت عند القاضي فلان أنّ فلانة من أهل الحجاب؛ وممّن يجب أن تحلف ليلا؛ وأنّ القائم باليمين عليها ممّن يعرف ذلك. نقله ابن الطّاهر.

وإذا وجبت اليمين لورثة رشداء، فحلف الحالف بأمر القاضي؛ لم يكن لبقيّة الورثة أن يحلفوه ثانية؛ لأنّ اليمين إذا كانت بأمر الحاكم كان حكما مضى؛ وإن كان بغير أمره؛ فكلّ من قام منهم يحلفه. قاله في مختصر المتيطيّة، ونحوه لأبي بكر بن عبد الرّحمن[280] وغيره من الموثّقين وبه الحكم. وللشيخ ابن أبي زيد: أنّ لمن غاب منهم أن يحلفه، وإن كانت اليمين بأمر الحاكم. ومثل ما في مختصر المتيطيّة؛ لابن فرحون في تبصرته. وعلى ما به العمل اقتصر الزقّاق حيث قال:

وإن غاب بعض من ذوي الحق يكتفي ❁ بإحلاف بعض إن بحكم تحصّلا

قال الزّرقاني: وإذا أقام غير من أحلفه بيّنة؛ عمل بها في حقّه فقط، ولو كان عالما بها حين حلّف القاضي المدّعى عليه لغير مقيمها وعلم بذلك، لأنّ من حجّته أن يقول: لم أقم بحقّي وقت الحلف، ولو يكن طلب الحلف منّي.

المبحث الرّابع في أقسامها

أقسام اليمين أربعة: يمين تهمة؛ ويمين قضاء، ويمين إنكار، ويمين متمّمة للنّصاب.

فأمّا يمين التّهمة، فتكون في الدّعوى التي لا تحقّق على المدّعى عليه، وتتوجّه على المتّهم وغيره، على ما جرى به العمل بتونس. قاله ابن ناجي؛ ونقله عظّوم في البرنامج، ونظمه صاحب العمل المطلق فقال:

---

[280] هو أحمد بن عبد الرحمن بن عبد الله الخولاني؛ أبو بكر. من أهل القيروان وشيخ فقهائها في وقته؛ مع صاحبه أبي عمران الفاسي. تفقّه عليه خلق كثير؛ منهم أبو القاسم بن محرز وأبو إسحاق التّونسي وأبو القاسم السيّوري. توفي سنة 432.

وبتوجّه يمين التّهمـــــة ✽ جرى القضا من أهل إفريقية
أي مطلقا وأنّها لا تنقلب ✽ بقلب أو نكول من بها طلب

قال شارح العمليّات: وانظر هل ما ذكر من عمل إفريقية كان عاما عندهم، حتى في التّهمة التي في دعواها معرّة، أو خاصّا بغيرها. وذكر العبدوسي في جواب له نقله صاحب المعيار: أنّ التّهمة التي تلحق في دعواها معرّة، كالاتهام بالسّرقة والغصب، لا تلحق من لا تليق به، ممّن شهد فيه بالخير. وإن التّهمة في غير ذلك، تلحق اليمين فيها جميع الناس، برّهم وفاجرهم، على القول بإيجاب اليمين في التّهمة، وهو المشهود من المذهب وبه القضاء وعليه العمل.

قال عظوم في برنامجه في مبحث الصّداق: وتوجّهها مشروط بشرطين. الأوّل ما قاله ابن ناجي: إنّ التّهمة إنّما تتقرّر بلفظ يقتضيها، كقوله: أشكّ فيك أو أتّهمك، لقوله فيها أخاف. الثّاني ما قاله الشيخ أبو عبد الله المقّري[281] في المسألة الثانية من القاعدة السّابعة من قواعد الدّعاوي والشّهادات. أنّ العداوة بين المتداعيين، تمنع توجّه يمين أحدهما في دعوى الآخر عليه. لأنّه يقصد إضراره بتوجّه اليمين عليه. ونصّه : إذا دفع الدّعوى بعداوة؛ المشهور أنّه لا يحلف لأنّ العداوة مقتضاها الإضرار بالتّحليف. وقيل يحلف لظاهر الخبر. ونحوه في تاسعة أعلام الزّقّاق، للشيخ الجدّ رحمه الله. اهـ.

ولا يحلف المتّهم بما ضاع أو سرق، حتى يحلف المدّعي يمين الضّياع أو السّرقة؛ لقد ضاع الشّيء الفلاني المدّعى ضياعه. وحينئذ يحلف المدّعى عليه، هذا إذا أنكر المتّهم أن يكون قد ضاع له شيء. وإنّما يريد أن يحرجه باليمين. بهذا كان يحكم أبوبكر بن زرب: ويقول إنّها من دقيق المسائل. نقله ابن فرحون في التّبصرة في الباب

---

[281] هو محمد بن محمد بن أحمد القرشي التلمساني الشهير بالمقّري. قاضي الجماعة بفاس. له من المؤلّفات كتاب القواعد؛ اشتمل على ألف ومائتي قاعدة؛ وحاشية على مختصر ابن الحاجب الفرعي. توفّي وهو يتولّى القضاء سنة 756.

الثّامن والعشرين. وفي نوازل الدّعاوي والأيمان من المعيار أنّ أبا عمر بن المكوي[282] سئل عن رجل اتّهم رجلا بالسّرقة، قال له: تحلف لي، فقال له الثّاني: أحلف أنت أنّي سرقتها وأغرم قيمتها. هل يجب له ذلك فأجاب : ليس عليه يمين أنّه سرقها، وإنّما يحلف لقد سرق له هذا الذي ادّعى. وأنّه يتّهم المطلوب بسرقته، فإن أحبّ أن يردّ عليه اليمين على هذه الصّفة، فذلك له. قال السّجلماسي: والفرق بين المسألتين أنّ اليمين في مسألة ابن زرب، لتحقيق التّهمة التي هي سبب يمين المطلوب، وذلك ثمرتها. واليمين في مسألة ابن المكوي، مردودة بعد وجوبها على المطلوب، وثمرتها لزوم الغرم للمطلوب، أنظر حاشية مهدي على التّحفة.

وإذا نكل المتّهم عن اليمين، غرم بمجرّد نكوله، ولا يطلب المدّعي بالحلف على ما ادّعي. هذا قول ابن عبد الحكم وابن حبيب[283]. وهو الذي جرى به العمل. ونقل أبو عمر بن المكوي عن مالك: أنّ يمين التّهمة لا تردّ، فإن أبى المتّهم وكّل عنها، حبس أبدا حتى يحلف. ذكره الونشريسي في أوّل نوازل الدّعاوي من المعيار. أنظر حاشية ابن الطّاهر.

ولكون النّكول عن يمين التّهمة موجبا للغرم، لم تتوجّه يمين التّهمة على الصّغير، ولا السّفيه، أما الأول فلرفع القلم عنه، وأما الثّاني فلأنّه لو أقرّ لم يلزمه ما أقرّ به، لأنّه محجور عليه في المال، أنظر حاشية مهدي على الزّقاقيّة قبيل قولها: كمن غاب والأقوال أربعة.

[282] هو أحمد بن عبد الملك الإشبيلي؛ أبو عمر المعروف بابن المكوي. انتهت إليه رئاسة الفقه في الأندلس حتى صار فيها بمنزلة يحيى بن يحيى واعتلى على الفقهاء ونفذت الأحكام برأيه. توفي سنة 401.

[283] هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جناهمة بن عبّاس بن مرداس السّلمي. سمع جماعة من أصحاب إمام دار الهجرة؛ ورتّب في طبقة المفتين بقرطبة؛ فأقام مع يحيى بن يحي زعيمها. من أشهر كتبه الواضحة. توفّي سنة 238 وقيل سنة 239.

وأما يمين القضاء، وتسمّى يمين الاستبراء، فتتوجّه في الدّعوى على الغائب، والميّت واليتيم والمساكين والأحباس، وكلّ وجه من وجوه البرّ وبيت المال، وعلى من استحقّ شيئا من الحيوان قاله المتّيطي. فمن ادّعى على غائب أو ميّت دينا وأثبته بالبيّنة، لم يقض له به إلاّ بعد حلفه يمين القضاء. أنّه ما قبض حقّه ولا شيئا منه، ولا أحال ولا أسقطه. ولا سقط عن الميّت بوجه من الوجوه. ولا فرق في الدّيون بين أن تكون موثّقة برهون، أو ثابتة بحجج أصليّة، أو بخطّ المدين الغائب أو الميّت. وإذا دفع الوليّ الدّين قبل يمين القضاء؛ ضمن إن تعذّرت يمين القابض. قاله ابن سلمون عن ابن سهل. وقاله الونشريسي في آخر شهادات المعيار.

ومتى كان في الورثة محجورون. أو كانوا كلّهم محجورين. لزمت يمين القضاء. وإذا كانوا كلّهم رشداء، وأقرّوا بالدّين، وأرادوا الدّفع بحكم حاكم. فقيل لا تلزم اليمين ربّ الدين، وهو ما في الاستغناء[284] وقيل بلزومها، وهو ظاهر ما في النّوادر، وعلّله بعض الشّيوخ بخوف طرو وارث آخر أو دين. وهو المشهور كما في حواشي الزّقاقيّة.

ولا تجمع يمين القضاء مع يمين تكميل النّصاب، على ما به العمل، ولابدّ من تمييزها. قال ابن ناجي في شهادات كبيره[285]: وكذا يمين الاستحقاق؛ لا تجمع مع يمين تكميل النّصاب. ويجوز الصّلح عنها، ولا يسوغ تركها بلا صلح في حقّ محجور، كما لا يسوغ صلحه عنها قبل أن يرى عزيمة الطالب على حلفها، وتعرف عزيمته

[284] هو لخلف بن مسلمة بن عبد الغفور. وكتاب الاستغناء في آداب القضاة عظيم الفائدة.

[285] هو الشرح الكبير لمختصر المدوّنة المسمّى التّهذيب لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم الأزدي المعروف بالبراذعي. من حفّاظ المذهب ومن كبار أصحاب ابن أبي زيد والقابسي. اختصر المدوّنة اختصارا أسماه التّهذيب اشتهر اشتهارا عظيما وكثر إطلاق إسم المدوّنة عليه. وله اختصار الواضحة والتّمهيد لمسائل المدوّنة. خرج إلى صقليّة فحصلت له شهرة عظيمة بها؛ وهناك ألّف غالب كتبه.

بقرائن الأحوال. أنظر معين المفتي وبرنامج الشّوارد. والصّلح عنها يتوقّف على إذن القاضي، ولا يستبدّ المقدّم بذلك.

ولو كان الدّين لميّت على ميت، لم يحلف إلاّ من يظنّ به العلم من ورثته. قال ابن عرفة يحلف أكابر الورثة: أنهّم ما يعلمون أنّ وليّهم قبضه. ولو كان المطلوب حيًّا حاضرًا؛ لم يحلفوا حتى يدّعي بذلك على الميّت أو عليهم. ولا يحلف الأصاغر؛ وإن كبروا بعد موته، قال أبو الحسن[286]: وانظر هل الزّوجة ممّن يظنّ به العلم أم لا. قال ابن ناجي الأقرب حملها على العلم، لأنّ غالب الحال أنها تعرف حال زوجها. واختار شيخنا أبو مهدي عكسه. ولا يبعد أن يكون الخلاف فيها؛ خلافا في حال. يريد أنّه ينظر في كلّ نازلة بخصوصها. فإن كانت الزّوجة ممّن لا يخفى عليها أمره، حلفت وإلاّ فلا من غير خلاف. أنظر شرح التّاودي على الزّقاقيّة وحاشية مهدي عليها.

وتسقط يمين القضاء. إذا أوصي الميّت بقضاء دينه من ثلثه. نصّ عليه ابن الهندي. وإذا أوصى الميّت بتصديق ربّ الدين، على أحد القولين كما سيأتي فتسقط. وإذا أقرّ الهالك بشيء معيّن، من عرض أو غيره، من قراض أو وديعة فتسقط، بخلاف ما إذا أقرّ له بشيء في ذمّته، أو بما لا يعرف بعينه ثم مات؛ فعلى الطّالب اليمين.

وتسقط يمين القضاء، إذا وجبت على مسجد أو غيره من الأحباس؛ بحيث لا تمكّن. قاله في المعيار. أنظر حاشية مهدي على الزّقاقيّة.

وإذا توجّهت يمين القضاء، أو يمين الاستحقاق على محجور، فإن كان صغيرًا أخّرت اليمين لرشده وتعجّل حقّه، كما قال في التّحفة:

[286] هو علي بن محمد بن عبد الحقّ الزّرويلي؛ يكنّى أبا الحسن وعرف بالصّغير مصغّرا ومكبّرا؛ ويعرف أيضا بالمغربي. قيّدت عنه تقاييد على المدوّنة والتّهذيب والرّسالة؛ وله فتاوى قيّدها عنه تلامذته وأبرزت تأليفا. وولّي القضاء بفاس وكان أحد أقطاب الفتوى ترد عليه الأسئلة من جميع بلاد المغرب، فيحسن التّوقيع عليها بطريقة مختصرة محرّرة. توفّي سنة 719.

وترجأ اليمين حقّت للقضا ❁ لغير بالغ وحقّه اقتضى

فإذا بلغ طولب بالحلف، فإن حلف بقي حقّه بيده، وتمّ له الحكم به وإن نكل عنها، ردّ الحق إلى من أخذ منه. وإن كان سفيهًا، كامرأة مات زوجها ولها عليه دين؛ من صداق أو غيره ثابت، ففيها أقوال ثلاثة:

الأوّل ما أفتى به ابن عتاب وابن سهل وابن رشد وأكثر الأندلسيّين: أنّها تقبض دينها وكالئها، وتؤخّر عنها اليمين إلى أن ترشّد. وحكى العبدوسي أنّ العمل مضى عند أكثر القضاة بتأخير اليمين إلى الرّشد. وهذا الذي نظمه صاحب العمل المطلق فقال:

كذا عن المحجور أيمان القضا ❁ ترجى فقبل رشده لا تقتضى

الثّاني -سقوطها عن السّفهاء، إذ لو نكلوا عنها لم يستحقّ الطالب بنكولهم حقا، ونقل هذا عياض عن معظم الأندلسيين،

الثّالث -حلفها عاجلا، وهو ما للأصيلي[287] في آخرين؛ واختاره التّاودي في شرح الزّقاقيّة، وعليه مضى في العمليّات الفاسيّة حيث قال:

ويحلف السّفيه والمحجور ❁ في كل ما يأخذ لا يضير

فإن نكل، قضي له بحقّه وأخّرت عنه إلى رشده؛ فإن حلف حينئذ استمرّ قبضه، وإلاّ ردّ ما أخذ، فهو يحلفها الآن لئلاّ يضيع حقّ الخصم باستمراره في السّفه طول عمره، قاله التّسولي في شرح قولها: "والبالغ السّفيه بان حقّه" البيت.

وإذا أوصى الميّت بإسقاطها وأن يصدّق صاحب الحقّ بدونها، فأفتى ابن الحاج أنّه يعمل بوصّيته، ونسبه لابن القاسم، وقال غيره أنّ الحقّ لغير الميّت، فلا تسقط اليمين. وإذا كان الحقّ على ميّت أو غائب؛ وكان ربّ الدين اشترط أنّه مصدّق في

[287] هو القاضي أبو محمد عبد الله بن إبراهيم الأصيلي رئيس علماء الأندلس. تفقّه باللؤلؤي وأبي إبراهيم بن مسرّة. ورحل فسمع من الإبياني وابن أبي زيد وابن شعبان وأبي طاهر البغدادي. توفي سنة 392هـ.

عدم قبض حقّه؛ فذكر ابن ناجي في شرح المدوّنة أنّ العمل على إعمال الشّرط مطلقا فلا يمين. نقله التّسولي في حاشية الزّقاقيّة صفحة 98؛ وفي شرح التّحفة عند قولها "وللتي بها القضاء وجوب" وقال بعضهم ذلك جائز في البيع وما أشبهه، بخلاف القرض فلا يجوز؛ لأنّه سلف جرّ نفعًا. وقال بعضهم لا ينتفع باشتراط إسقاط هذه اليمين، إلاّ العدل المبرّز. وحكى في التّوضيح في البائع بثمن إلى أجل، يشترط في عقد البيع أنّه مصدّق في عدم قبض الثّمن. هل يوفّى له بذلك أو لا، أو يوفّى للمتورّعين عن الأيمان من أهل الفضل دون غيرهم، على ثلاثة أقوال. قال في التّوضيح، والصّحيح الجواز؛ لأنّه شرط ينشأ عنه توثّق؛ فكان كالرّهن والحميل. قال التّاودي: وعلى التّصديق؛ لو مات صاحب الحقّ لم يورث ذلك عنه، لأنّه إنّما رضي بأمانته. واستظهر الشّدادي[288] أنّه لو مات المدين لم يلزم الورثة شرط التّصديق. لأنّ من حجّتهم أن يقولوا: لا يلزم إن رضي موروثنا بتصديقك وحسن اعتقاده فيك، أن نرضى نحن منك بذلك.

وأمّا يمين الإنكار. فهي اليمين لردّ دعوى ماليّة محقّقة، إذا عجز المدّعي عن الاستظهار بالبيّنة. ولا يشترط في توجّهها ثبوت الخلطة بين المتداعيين، على ما جرى به العمل. ففي شرح ابن ناجي على الرّسالة عند قولها "ولا يمين حتى تثبت الخلطة" ما نصّه : ما ذكره الشيخ هو المشهور، وقال ابن نافع[289]:لا تشترط الخلطة، حكاه ابن

[288] هو أحمد بن محمد الشّدادي الفاسي. أخذ عن محمد بن عبد القادر الفاسي. وتولّى قضاء فاس والإمامة والخطابة بجامع القرويين. له فتاوى كثيرة وشرح على لاميّة الزّقّاق وتقييد على تحفة ابن عاصم. توفي سنة 1146.

[289] هو عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم المعروف بالصّائغ. روى عن مالك وتفقّه به. وهو الذي سمع منه سحنون وسمع منه كبار أتباع أصحاب مالك. وهو الذي سماعه مقرون بسماع أشهب في العتبيّة. توفي بالمدينة سنة 186 –وهناك من أصحاب مالك عبد الله بن نافع الأصغر الزّيري. روى عنه عبد الملك بن حبيب وغيره. وهو أصغر من ابن نافع الصّائغ، خرّج عنه مسلم وتوفّي سنة 216.

زرقون[290]، ولم يحفظه أكثر شيوخ المذهب كابن حارث وابن رشد؛ قالا: مذهب مالك وكافة أصحابه الحكم بالخلطة. وبقول ابن نافع قال الأندلسيّون. واستمرّ عليه العمل بإفريقيّة. اهـ. وزاد في شرح المدوّنة ما نصّه: وأفتى شيخنا حفظه الله –لمّا كان عندنا بالقيروان– باشتراط ذلك في امرأة من وجوه النّاس ادّعي عليها. وأمر قاضيها بالحكم به ففعل. وبه أفتى شيخنا أبو يوسف يعقوب الزّغبي منذ مدّة قريبة. اهـ.

ولا يحلف المطلوب إلاّ على ما ادّعاه الطالب، في مذهب مالك وأكثر أصحابه. ولا يكتفي بما ينفي دعواه تضمّنا أو التزامًا، كقوله: ما لك عليّ ممّا تدّعي قليل ولا كثير. خلافًا لابن الماجشون وأشهب؛ واختار ما لهما ابن حبيب وابن عبد البرّ[291] والقاضي ابن عبد السّلام. انظر شرح العمليّات العامّة عند قولها

ومن عليه يدّعي نحو السّلف ❋ نفاه في اليمين نصّا إن حلف

وليس يكفي أنّه لا شيء له ❋ عليه ممّا يدّعيه قبله

وإذا امتنع من توجّهت عليه اليمين من الحلف حتى يحضر المال؛ قائلا: أخاف أن أحلف ويدّعي العدم؛ فتذهب يميني باطلا، فالأقوال ثلاثة. قيل يجاب إلى ذلك وبه العمل بتونس، قاله ابن ناجي ونظمّه في العمل المطلق بقوله:

وبعض شرّاح الرسالة نقل ❋ في شرحه أنّ بتونس العمل

بأنّ للطالب أن يؤخّر ❋ يمينه للمال حتى يحضر

---

[146] هو محمد بن سعيد بن أحمد بن سعيد يعرف بابن زرقون،الأنصاري من أهل إشبيلية. أخذ عن عياض و لازمه،ولي قضاء شلب و قضاء سبته.له كتاب الأنوار بين المنتقى و الاستذكار. مولده سنة 502 و توفّي بإشبيلية سنة 586.وله حفيد اسمه محمد بن عبد الله بن محمد بن سعيد بن أحمد بن سعيد بن زرقون الأنصاري الإشبيلي، كان شيخ المالكيّة في عصره، و من كبار المتعصّبين للمذهب المالكي.له كتاب المعلّى في الرّدّ على المحلّى لابن حزم.توفّي سنة 721 عن ثلاث و ثمانين سنة.

[291] هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ النّمري. من كبار علماء الأندلس ومحدّثيها. له كتاب التّمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد؛ والاستذكار بمذاهب علماء الأمصار؛ وجامع بيان العلم وفضله؛ والكافي في الفقه؛ وهو معتمد مشهور. مولده سنة 368 وتوفّي بشاطبة سنة 463.

وقيل يحلف ثم يطالبه بالمال، وبه قال أبو حفص ابن العطّار، وعليه جرى الزقّاق حيث قال "ومن أبـى * يمينًا لكون الحال غاب فجهلا" وقيل يكفي أن يشهد المطلوب أنّه مليء. ويحلف الطّالب ثم يدفع له، ولا تقبل منه بيّنة بالعدم. قاله ابن أبي زمنين[292] وفضل وغيرهما؛ ولم يحك أكثر شيوخ المذهب غيره وهو المذهب. قال ابن ناجي : "وأفتى شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني –على ما بلغني– إن كان المطلوب يتكلّف كلفة في إحضار المال، مثل أن يحتاج إلى بيع داره ونحو ذلك، فإنّه يحلّف الطالب أوّلا، وإلاّ فحتى يحضّره. وما ذكره صواب، وبه حكمت بالقيروان، كإدخاله في معاملة لضعفه وقد لا يعلم" . اهـ. انظر شرح العمليّات العامّة. وليس هذا الحكم خاصّا بيمين الإنكار، بل يجري في يمين القضاء واليمين مع الشّاهد، قاله التّسولي في شرح قول التّحفة "وإن نفى * فالنّفي للعلم كفى" في التّنبيه الثّاني فانظره.

وإذا توجّهت اليمين على المطلوب المنكر للدّعوى فالتزم الحلف، ثم بدا له أن يقلب اليمين على المدّعي فله ذلك، على ما لأبي عمران الفاسي[293] قائلا: لا يكون التزامه أشدّ من إلزام الله له. قال وقد خالفني في ذلك ابن الكاتب[294] ورأى أنّ ذلك يلزمه. والصّواب ما قدّمناه. اهـ. قال اللّقاني: ما قاله أبو عمران غير مسلّم؛ فإنّ الله لم يلزمه اليمين؛ بل خيّره بينها وبين ردّها على المدّعي. ومن التزمها فقد أسقط حقّه

---

[292] هو محمد بن عبد الله بن أبي زمنين القرطبي. من تآليفه المنتخب في الأحكام. مولده سنة 324 وتوفي سنة 399.

[293] هو موسى بن عيسى بن أبي حاج الغفجومي الفاسي القيرواني. أصله من فاس واستوطن القيروان وحصلت له بها رئاسة العلم. تفقّه بالقابسي ورحل فسمع من أبي بكر الباقلاّني. له كتاب التّعليق على المدوّنة. توفّي بالقيروان سنة 430.

[294] هو أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد الكناني المعروف بابن الكاتب. أخذ عن القابسي. وبينه وبين أبي عمران الفاسي مناظرات في مسائل. توفي في القيروان سنة 408.

من ردّها. وأيّد الشيخ أبو علي بن رحّال وغيره ما للّقاني. وصوّب ما لابن الكاتب. ودرج عليه ناظم العمل الفاسي فقال:

والخصم يختار اليمين ونكل ❁ فما لقلبها سبيل أو محـــــل

ودرج الزّقاق على ما لأبي عمران فقال :

لملتزم مطلوب أن يقلّب اليمـ ❁ ـين إما رجوع بعد قلب لها فلا

وإذا توجّهت اليمين على المطلوب، فقلبها على خصمه، ثم بدا له وأراد أن يحلف، فليس له ذلك، ويتمّ نكوله بأن يقول: لا أحلف إحلف أنت، أو يستمرّ على الامتناع.

ولو رضي من خصمه اليمين؛ ثم رجع وقال : أنا آتي بالبيّنة فله ذلك؛ على ما لابن عتاب؛ كما في شرح التّاودي على الزّقاقيّة، وأفتى ابن رشيد[295] أنّه لمّا رضي بيمينه عالما ببيّنته، وهي حاضرة أنّه لا رجوع له. ورجّحه الرّهوني مستدلاّ عليه بما شرح به ابن مرزوق قول المختصر "فإن نفاها واستحلفه فلا بيّنة" ونصّه : "يعني أنّ المدّعي إذا كانت له بيّنة حاضرة على دعواه؛ أو غائبة قريبة الغيبة على مسافة الجمعة ونحوها؛ واستحلف خصمه، أي طلب حلفه ورضي بيمينه على ردّ دعواه: وهو عالم ببيّنته المذكورة، ثم أراد المدّعي أن يقوم بهذه البيّنة؛ فإنّ بيّنته لا تسمع، ولا ينفعه القيام بها، لأنّ رضاه بيمين المطلوب، مع تمكّنه من إقامة تلك البيّنة، لحضورها أو قرب غيبتها التي لا ضرر عليه في إتيانها منه، دليل على رفض تلك البيّنة وعدم الاعتداد بها، فكيف يسوغ له القيام بعد ذلك بها" . اهـ.

---

[295] قلت هو أبو عبد الله محمد بن رشيد السّبتي الإمام الخطيب الذي له في كلّ فنّ أوفى نصبب، رحل إلى الشّرق و أخذ عن الدّمياطي و القسطلاني و ابن زيتون. كتب رحلته في تأليف سمّاه "ملء العيبة فيما جمعه بطول الغيبة في الوجهة الوجيهة إلى مكّة و طيبة" . جمع فيها من الفوائد و الفرائد كلّ غريبة و عجيبة في أربع مجلّدات مولده سنة 657 و توفّي بفاس سنة 721.

ومن وجبت له على رجل يمين لبعض المعاملات، وقال له الرّجل: إجمع مطالبك إن كان لك مطلب غير هذا، لأحلف في الجميع يمينا واحدة. فهو من حقّ المدّعى عليه. بخلاف مطالب الميراث فليس له ذلك، لأنّ الميراث لا يحاط بالحقوق فيه.

ولا تجمع يمين الإنكار مع يمين الردّ. فمن وجبت عليه يمين في دعوى، وردَّت عليه يمين، فلا يجمع ذلك في يمين واحدة، ولابدّ من يمينين مفترقتين، فيقول بالله الذي لا إلاه إلاّ هو، فإذا انقضت قال: وبالله الذي لا إلاه إلاّ هو، حتى تنقضي اليمين الأخرى. وقد نظّم ما ذكرناه في العمل المطلق فقال:

فيما سوى الميراث يلجى طالبه ❁ بجمعه لحلف مطالبه

إذ الدّعاوي في يمين واحدة ❁ تجمع ما عدا اليمين العائدة

ونظمه في العمليّات الفاسيّة فقال :

وتجمع اليمين في الدّعاوي ❁ إلاّ يمين الردّ في التّساوي

قال الشيخ التّسولي في شرح التّحفة: "استثناؤه يمين الردّ يدلّ على أنّ غيرها من الأيمان متساوية في التّغليط وعدمه، ولو يمين قضاء أو استحقاق تجمع، وهو كذلك على خلاف فيه، كما في الرّعيني وغيره. فإن كان بعضها يغلّظ في الجامع دون البعض الآخر، فهو بالخيار في أن يحلف واحدة مغلّظة، يُدخل فيها جميع ما وجب عليه، أو يحلف يمينين المغلّظة في الجامع، وغيرها خارجه. وقد جاء في التّبصرة الفرحونيّة ما يدلّ على أنّ المردودة تجمع. ونصّها : إذا وجبت لرجل يمين على امرأة من ذوات الحجاب، ووجبت لها هي يمين عليه. فأرادت أن تحلف ليلا وأن تحلفه نهارا، فقال الرّجل: أخاف أن أحلف لها نهارا فتردّ عليّ اليمين ليلا، فأحلف مرّتين، مرّة في النّهار، ومرّة في اللّيل. فإنّ المرأة إذا التزمت أنّها لا تردّ اليمين، حلف لها الرّجل

نهارًا، وحلفت المرأة ليلا". اهـ. وهذا نصّ في أنّ التزامها بعدم الردّ يلزمها، وظاهر في جمع يمين الردّ مع غيرها، وإلاّ لم تتوقّف يمينه على التزامها عدم الردّ. وقد صرّح بجمعها مع غيرها، وإلاّ لم تتوقّف يمينه على التزامها عدم الردّ. وقد صرّح بجمعها مع غيرها ابن رشد، كما في الدرّ النّثير. انظر التّسولي عند قولها "وإن نفى * فالنفي للعلم كفى" وقد تقدّم في البال الأوّل أنّ العمل في القيروان على تعدّد الأيمان بتعدّد الدّعاوي. نقله في البرنامج. ونقله الشّريف عند قول الزقّاق "كجمع الدّعاوي في يمين سوى التي تردّ"

وإذا كان المدّعى عليه سفيها؛ وتوجّهت عليه يمين الإنكار أو يمين التّهمة، فلا يمين عليه الآن، إذ لا تتوجّه اليمين إلاّ حيث لو أقرّ المطلوب لزمه.

ولو ادّعى السّفيه على رجل بدعوى، فنكل المطلوب، فقال ابن الهندي في وثائقه يغرم المطلوب ؛ ولا يحلف السّفيه حتى يرشد، وإنّما حلف مع الشّاهد لإحياء السنّة. وقال ابن سهل: الصحيح عندي أن يحلف الآن، إذا نكل المطلوب وردّ عليه اليمين، لأنّه رضي بيمينه حين نكل. اهـ. انظر التّسولي عند قولها "البالغ السّفيه بان حقّه" البيت.

وأما اليمين المكمّلة للنّصاب، فهي اليمين مع الشّاهد في الدّعاوي الماليّة، وما يؤول إليها، ولا يحلفها الصغير الذي شهد له شاهد بحقّه. ويؤمر المطلوب باليمين حيث أنكر، فإن نكل حكم للصّبي في الحال، ولا يمين بعد بلوغه؛ وإن حلف وقف الشيء إلى بلوغه، فإن حلف استحقّ، وإن نكل أخذه المطلوب.

وأمّا السّفيه فيحلف مع الشّاهد له ويستحقّ، فإن نكل حلف المطلوب، وبقي الشيء بيده إلى الرّشد فيحلف ويستحقّ على المعتمد. وقيل يحلف المطلوب ويبرأ، ولا يستأنى به كما يستأنى بالصّغير. انظر شرّاح التّحفة.

ولو ادّعى الأب على ابنه، وقام شاهد بحقّه، لزمت الأب اليمين. وكذا لو ادّعى الأب على الابن، فنكل الابن عن اليمين وردّها يحلف. كدعوى تلف صداق ابنته والزّوج يطلبها بالجهاز، أو يدّعي عليه نحلة انعقد عليها النّكاح. أما لو قامت البنت تطلب من أبيها ما قبضه من نقد صداقها، مدّعية أنّه لم يجهّزها به، فلا يحلف لها الأب؛ إن لم يكن لها يوم القيام زوج. قاله ابن مغيث[296]. قال وفي ذلك اختلاف بين أصحابنا، منهم من أوجب لها اليمين، بعد أن تعرّف أنّ ذلك عقوق، ومنهم من لا يوجب لها عليه اليمين. اهـ. ولو طالب الأب ابنه بالإنفاق لعدمه، فأنكر الابن عدم الأب، فأثبته الأب قضي للأب بالنّفقة دون يمين؛ على ما به القضاء والعمل، لأنّ تحليفه من العقوق. وقيل يحلفه القاضي استبراء للحكم له. ونظم صاحب العمل المطلق مسألة حلف الأب فقال:

وليس يحلف لذي حقّ أبه ❋ في غير ما الوالد قام يطلبه

انظر شرح العمليات العامة.

وبقي من أنواع اليمين يمين اختلف فيها؛ وهي المعبّر عنها بيمين الرّغبة. وهي كما في آخر وكالات حاوي البرزلي؛ يمين يطلبها الحالف ليبعث بها إلى موضع المطلوب؛ فهي يمين لم تطلب فقدّمها قبل طلبها لضرورة طلب الحق. فقد جرى سببها وهو إثبات وثيقة الدّين. فلا يقال إنّها استعجال الشّيء قبل وجوبه بالإطلاق، ولا يقال إنها يمين لم تطلب فلا تكون، لأنّها على أحد أمرين: إما إقراره ببقاء الحقّ؛ فلا تضرّ زيادة اليمين، أو ينكر ويدّعي القضاء، فتجب له اليمين، فقدمها قبل طلبها للضرورة المذكورة. اهـ. وسمّيت يمين رغبة، لأنّ صاحبها يرغب القاضي في إذنه في ذلك؛ وتكتب عن إذنه. وفي اختصار ابن هارون للمتيطيّة: من له ديون مؤجّلة فأراد

---

[296] هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن مغيث الصدفي، كبير طليطلة وفقيهها. له المقنع في الوثائق. توفي سنة 459.

سفرًا، ووكّل وكيلا على اقتضائها؛ فهل يمكّن من حلف يمين الرّغبة أم لا، مكّنه من ذلك بعض قضاة الأندلس ومنعه بعضهم. اهـ. واستظهر بعض شرّاح لاميّة الزّقاق المنع لعدم حلولها؛ فهي يمين غير مفيدة. وأصله لابن عرفة. لكن قال ابن ناجي: الأقرب أنّه يمكّن من ذلك؛ خشية أن يدّعى عليه أنّه عجّل له جملة ما في ذمّته أو بعضه؛ فهي يمين مفيدة، لاسيّما إن كان سفره طويلا كسفر الحجّ. وقد أذن بعض قضاة بلدنا بحلف من أراد الحج. قال الشريف في معين المفتي وحاشية الزّقاقيّة: شاهدت من قاضي الحاضرة أبي الفداء إسماعيل التّميمي؛ أنّه حكم بها في سنة 1223؛ وأذن في كتبها لبعض العدول المنتصبين للشّهادة بسوق الكتبيين من تونس حاطها الله، ولمّا أن بلغه الإذن في كتبها استغربها هو ومن حضر من العدول، فسألوني عن صورتها، فبيّنتها لهم. اهـ.

الفصل الثّاني
في الإقرار وفيه مباحث

المبحث الأوّل في شروط صحّته

وهي أن يكون المقرّ بالغًا مكلّفا طائعًا، لم يكذّبه المقرّ له، ولم يتّهم المقرّ في إقراره، وأن يكون الإقرار لقابل التّمليك. فلو قال رجل لآخر: "أقررت لك بألف درهم وأنا صبيّ، وقال الطّالب بل أقررت لي بها وأنت رجل"، فعند ابن القاسم: القول قول المقرّ مع يمينه؛ ولا شيء عليه. وكذا لو قال: أقررت لك بها في نومي، أو قبل أن أخلق لا يلزمه شيء، لأنّه نسبة إلى حال لا يثبت فيها إقراره وبه الحكم. وقال سحنون: يلزمه ما أقرّ به، لأنّ قوله وأنا صبيّ أو في نومي، أو قبل أن أخلق؛ ندم منه. قلت: المسألة ترجع إلى تبعيض الدّعوى والإقرار، وقد تقدّم مبحثه في الباب الأوّل، وقد نظم في العمل المطلق ما لابن القاسم فقال :

ومن يقول أنه أقرّ لك ❁ وهو صبي بكذا واستمهلك

وقلت بل أقررت لي مكلّفًا ❁ فالقول في ذلك له ويحلفا

والإقرار في الصّحة نافذ صحيح؛ إذا كان المقرّ به في الذمّة أو معيّنا لا يعرف ملكه له. فإن أقرّ بما يعرف ملكه له من شيء بعينه أنّه لفلان؛ سواء أكان المقرّ له وارثا أو غير وارث؛ فإنّه يجري مجرى الهبة ويتحمّل محملها؛ إن حاز ذلك المقرّ له في صحّة المقرّ جاز؛ وإلاّ لم يجز. هذا ما جزم به العقباني[297] والونشريسي والحطّاب.

[297] هو أبو سالم إبراهيم بن أبي الفضل قاسم العقباني التّلمساني قاضي فاس. أخذ عن والده قاسم بن سعيد العقباني المتوفى سنة 854 –وأخذ عنه الونشريسي ونقل عنه في معياره. له تعليق على مختصر ابن الحاجب وفتاوى نقل بعضها المازوني. مولده سنة 808 وتوفي سنة 880.

أنظر حاشية الرّهوني. ولا فرق في إقرار الصّحيح؛ بين أن يكون لمن يتّهم عليه وغيره. فالتّهمة ملغاة في باب الإقرار بالصحّة. ولا يردّ عليه اعتبار التّهمة في مسائل التّوليج؛ لأنّ التّهمة المطروحة في باب الإقرار بالصّحة، التّهمة الواردة من مجرّد إقراره لمن يتّهم عليه؛ مصحوبة بشواهد وقرائن؛ تؤذن بأنّ ذلك الإقرار لا أصل له . والتّهمة المعتبرة في مسائل التّوليج؛ هي التي قامت فيها أمارات على كذب المقرّ في إقراره؛ حتى لمن لا يتّهم عليه عادة لو لا قيام الأمارات المذكورة . قاله العقباني كما في المعيار؛ ونقله أبو علي بن رحّال واستحسنه. أنظر حاشية الرّهوني.

والتّوليج يثبت بأحد ثلاثة أمور:

الأوّل إقرار المشتري أنّ الشّراء لا أصل له وإنّما هو عطيّة. ولا يعتبر إقرار البائع ويعدّ منه ندما.

الثّاني البيّنة الشّاهدة أنّ ما عقداه سمعة وتوليج؛ لا حقيقة له إذا كان الشاهد عالما؛ فإن كان غير عالم لزم التّفسير؛ بأن يقول الشّاهد: توسّطنا العقد بين المتبايعين؛ واتفقا على أنّ البيع الذي عقداه في الظّاهر، إنّما هو سمعة لا حقيقة له. سواء أكان توسّطهما العقد بإشهاد أو بدونه، أو يقول الشّهود أقرّ بذلك عندنا المشتري، أو يقولوا أشهدنا بذلك فلان وفلان على شهادتهما بأحد هذين الوجهين. فإن وقعت الشّهادة بالتّوليج مجملة لم تقبل من غير أهل العلم.

الثّالث توارد القرائن وقوّة المخايل، كما للشّيخ عمر الفاسي وغيره، خلافا للرّهوني. أنظر حاشية مهدي على الزقّاقية، آخر مبحث التّوليج.

وإذا ثبت في بيع التّوليج أو المحاباة، أنّ المشتري حاز المبيع في صحّة البائع على وجه الحيازة، فقيل يصحّ ذلك له ويجري مجرى الهبات وهو الرّاجح. وقيل يبطل ذلك، لأنّه لم يخرج مخرج الهبة. أنظر حاشية التّسولي ومهدي على الزّقاقيّة.

وما قرّر في المحاباة، محلّه إذا كانت المحاباة في الثّمن، كأن يبيع ما قيمته مائة بعشرة. فإن كانت في المثمن؛ كأن يبيع بعض ولده خيار ماله، ولو زاد ثمنه على قيمته. فللورثة نقض ذلك. قاله ابن عرفة في البيوع الفاسدة ونحوه لابن ناجي.

والتّوليج كما في المعيار قبل نوازل الشّفعة بورقة: ينقسم إلى معلوم ومظنون وموهوم. فالمعلوم يوجب نقض البيع، والمظنون يوجب اليمين؛ إلا أن يقوى جدًا فيصير كالمعلوم. والموهوم لا يوجب شيئا. والمعلوم هو ما ثبت بإقرار المشتري، أو البيّنة كما تقدّم. ويردّ فيه البيع، إن لم يقبض المشتري المبيع قبل حصول مانع من موت أو تفليس، فإن قبضه المشتري قبل حصول المانع، فلا توليج على المعتمد من قولين؛ كما صرّح به التّسولي في حاشية الزّقاقية صفحة 143؛ فقد ذكر هنالك أنّ جميع صور التّوليج مقيّدة بما إذا لم يحصل قبض قبل حصول المانع وهو ظاهر. والمظنون ما اجتمع فيه أمران: ميل البايع للمشتري؛ وعدم معاينة قبض الثمن. وحكمه توجّه اليمين على المشتري: أنّه ابتاع بيعًا صحيحًا ودفع الثمن إن جرى نزاع له من بقيّة الورثة. واليمين هنا يمين تهمة لا تنقلب؛ فإن نكل عن اليمين، بطل البيع بمجرّد نكوله، كما في شرح التّسولي عند قولها "ومع ثبوت ميل بايع لمن" البيت، آخر الإقرار. فإذا وجدت تهمة الميل؛ مع معاينة البيّنة لقبض الثمن؛ فلا يمين على المعتمد.

ولو اشترى الأب لابنه الصغير في حجره ربْعا أو غيره؛ وأقرّ أنّ المال للابن؛ فإن عرف الشّهود الوجه الذي ذكره الأب؛ ككونه من إرث أمّه أو صدقة من فلان؛ مضى ذلك للابن؛ وإن لم يذكر الأب وجها؛ فقيل يصحّ ذلك للابن؛ سواء أشهد الأب بعد ذلك أنه يكريها للابن؛ أو اعتمرها الأب أو سكنها حتى مات. قاله ابن القاسم، وبه القضاء وعليه العمل؛ كما في ابن ناجي في كتاب المديان؛ ناقلا له عن وثائق ابن الهندي ووثائق ابن فتوح. وقيل لا يصحّ ذلك للابن؛ إلاّ أن يعرف له مال؛ وإلاّ كان

ذلك توليجا. قاله مطرف وأصبغ. وقد نظم صاحب العمل المطلق المسألة فقال:

والمشتري من غيره متاعـــا ❁ إن قال للشهود حين ابتـاعا
لابني اشتريت وبما قد رزقا ❁ نفذ ذلك للابن مطلـــــقا
بيّـن أم لا وجهـه والحـــال ❁ أن ليس يعرف للابن مـــال

ولو اشترى الأب لابنه الصغير بمال؛ أقرّ أنّه وهبه له؛ فإن أبرز الأب المال وحوّزه لغيره، ثم أمر الحائز بدفع ذلك للبائع، كان أصحّ في الاحتياز وأجوز للابتياع. وإن دفع الأب ولم يحوزه أحدا، فقيل ذلك حوز تام، وابتياع للابن نافذ، ولو يقبض الابن المبيع وبه القضاء وعليه العمل، وقيل ليس بحوز، وإذا مات الأب رجع ذلك ميراثا. قاله في معين الحكّام ومختصر المتيطيّة. ونظم المسألة صاحب العمليّات العامّة العلاّمة السّجلماسي فقال :

كذاك إن قال بما وهبت لـــه ❁ من ثمن كان الشّرا واستعمله
لموته فالحوز إخراج الثّمـــن ❁ من يده وهو عليه مؤتمـــن

المبحث الثّاني في الإقرار بالنّسب أو وارث:

إذا أقرّ أحد أنّ فلانا ابن عمّه لا وارث له غيره، وأشهد بذلك ثم مات، فمذهب ابن القاسم لا يثبت النّسب بهذا الإقرار، وإنّما له المال بعد التأنّي، فإن لم يأت له طالب، أخذه المقرّ له مع يمينه، وبعدم ثبوت النّسب قال مالك وجماعة أصحابه، وحكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ، قالا: لا يلحق نسب أحد من أخ أو ابن عم أو عم ممّن استلحقه، حتى ويكون وارثه وموروثه بذلك الاستلحاق، إلاّ الوالد للولد فقط، كان الإقرار في صحّة أو مرض. وقال أصبغ في المستخرجة: إذا لم يكن له وارث معروف، فإقراره جائز في صحّته ويكون له ماله، ولا يثبت له النّسب بذلك.

وقاله سحنون، وله قول آخر أنّه لا ميراث لهذا المقرّ له، وإن لم يكن للمقرّ وارث معروف، لأنّ ميراثه للمسلمين. فهم كوارث معروف. ومذهب أشهب أنّه لا يستحقّ الميراث، إلاّ من استحقّ النّسب، وثبت له بما تثبت به الأنساب. ومذهب أشهب هو النّظر والقياس. إلاّ أن العمل جرى بقول ابن القاسم. نقله ابن سهل وغيره. وانبنى على عدم ثبوت النّسب بالإقرار، فتوى فقهاء قرطبة في رجل أقرّ لأخوين: أنهّما وارثاه أبناء عمّه، فمات أحدهما قبل المقرّ ثم مات المقرّ، فأراد الباقي من الأخوين المقّر لهما، أن يأخذ جميع المال، فقالوا ليس له إلاّ نصف المال، إذ لم يقرّ بأكثر من ذلك، وهو إنّما يأخذ بالإقرار لا النّسب، أنظر شرح العمل العام عند قوله:

والأخوان إن أقرّ لهما	❋	أنّهما ابنا عمّه في الأنتما
وماله لا حقّ فيه لأحد	❋	معهما إن مات عن غير الولد
فمات قبلُ واحد فالتالي	❋	لا يستحقّ غير نصف المال
إذ هو بالإقرار لا بنسبه	❋	يأخذ والنّصف هو المقرّ به

ومن هذا الوادي ما أجاب به أحمد بن عبد الله اللؤلؤي[298]، في رجلين أقرّا أنهّما ابنا عمّ الأب، وهما غريبان في الموضع الذي أقرّا فيه، فمات أحدهما فورثته ابنته وزوجته والمقرّ به ثم ماتت البنت، فهل يرثها المقرّ به؛ وكيف إن كان الحاكم قد قضى بالميراث له بذلك الإقرار. فقال لا يرثها بإقرار أبيها له، وإن كان الحاكم قد قضى بالميراث لم يرد حكمه لاختلاف النّاس فيه. اهـ. من معين المفتي.

ولو رجع المقرّ بوارث له عن إقراره منع رجوعه من إرث المقرّ له، لأنّ إقراره دائر بين أن يكون وصيّة أو شهادة، وكلاهما يبطل بالرّجوع. قاله العقباني في جواب

[298] هو محمد بن أحمد، و يقال أحمد بن عبد الله الأموي المعروف باللّؤلؤي-صناعة أبيه-قرطبي،أفقه أهل زمانه بعد موت ابن أيمن.توفّي سنة 350 أو سنة351.

له نقله صاحب الدّرر المكنونة في نوازل مازونة[299].

ولو أقرّ أحد الورثة بوارث آخر، لكان للمقرّ له من المقرّ ما أخذه زائدا عمّا ينوبه، على تقدير صحّة الإقرار. ففي مختصر ابن الحاجب، آخر الاستحقاق ولو ترك أمّا وأخًا ففي الموطأ يأخذ منها النّصف، وهو السّدس لنفسه وعليه العمل. وروي يقتسمه مع أخيه. التّوضيح: أنّما كان للمقرّ له السدس، لأنّها أقرّت بأخوين يحجبانها إلى السّدس، ولا شيء فيه للمنكر، لأنّ بيده الثّلثين؛ وهو معترف بأنّه لا يستحقّ غيرهما. وقوله روي يقتسمه مع أخيه؛ أي لأنّها إنّما أقرّت بالسّدس لهما. وعلى القول الذي به العمل اقتصر في المختصر.

ومن هذا الوادي ما في المجالس المكناسيّة في : هالك ترك ابنين، أقرّ أحدهما بثالث ثم أقرّ برابع، قال سحنون يجعل الجميع كأنّهم ثابتو النّسب، وقال هذا معنى قول ابن القاسم: فإن ترك الميت ستين دينارا، أخذ المنكر منها ثلاثين والثّلاثون الأخرى يأخذ منها المقرّ له الأوّل عشرة، والمقرّ له الآخر خمسة؛ ويبقى للمقرّ خمسة عشر. وقال أشهب: إنّما ينظر في ذلك إلى ما يجب للمقرّ له، على تقدير الإقرار بالجميع نسقا، فيأخذ المقرّ له الأوّل خمسة عشر، والمقرّ له الثاني خمسة عشر، ولا يبقى للمقرّ في هذا الفرض شيء. ولو أقرّ بخامس لضمن له من ماله قدر نصيبه. وقال أحمد بن نصر الدّاودي : يفرّق في ذلك بين أن يدفع للأوّل بقضاء فلا ضمان عليه؛ أو بغير قضاء، فيضمن. اهـ. نقله في معين المفتي.

---

[299] صاحب الدّرر المكنونة هو أبو زكرياء يحي بن موسى المغيلي المازوني القاضي.أخذ عن ابن مرزوق الحفيد و قاسم العقباني.وبهذا الكتاب فتاوى كثيرة من علماء تونس و بجاية و تلمسان و الجزائر و غيرها.ومنه و من نوازل البرزلي استمدّ الونشريسي.توفّي بتلمسان سنة 883.

المبحث الثّالث في الإقرار بالحبسيّة

قال في مختصر المتيطيّة: يجوز لمن بيده دار أو جنّة، أن يشهد أنّها حبس عليه وعلى عقبه وعلى كل من يذكر من المرجع، وينفذ الحبس بشهادته. وهو في المعنى إقرار على نفسه. ويكتب في ذلك: أشهد فلان بن فلان، إقرارا بالحقّ وعملا بمقتضاه؛ أنّ الدّار التي بيده بموضع كذا وحدودها كذا، محبّسة عليه من غيره، ثم على عقبه من بعده. وإن كان العقب داخلين معه؛ قلت: وعلى عقبه —بالواو- ما تناسلوا أو تسلسلوا، ثم مرجعها من بعدهم إلى كذا؛ ثم يكمل الإشهاد. وإنّما قلنا من تحبيس غيره، لنبيّن أنّ الحبس ليس من قبله، إذ لا يجوز لأحد أن يحبّس على نفسه. وإنّما لم يسمّ المحبّس، لئلا يكلّف القائم بهذا العقد؛ إثبات موت المحبّس، وتناسخ وراثته؛ فيعذر إلى الورثة، والعقد دون هذا تام وبه ضعيف. وإن ضمنت في العقد علم الشّهود بسكنى المشهد وكونها بيده، كان حسنا وإن أسقطته كان جائزا. فإن تبيّن بعد ذلك أنّ الدار ملك للمقرّ، لم ينفذ التّحبيس فيها، إلاّ أن يكون قد خرج عنها؛ وحيزت بما تحاز به الأحباس فينفذ.

ولو أقرّ الورثة بحبس، لزمهم ذلك. ويكون محبّسا عليهم على حسب ما أقرّوا به؛ إلاّ أن يظهر كتاب الحبس يوما ما؛ ويكون فيه خلاف ما أقرّوا به من التّعقيب والمرجع؛ فينتفض إقرارهم في ذلك. وإن شركهم أحد في الميراث؛ لم ينفذ إقرارهم إلاّ في حصصهم فقط، ويلزم المنكر اليمين بالله: أنّه لا يعلم أنّ مورثه حبّس عليهم شيئا وليس له ردّ اليمين، لأنّها لو ردّت، لردّت على مدّعي الحبس وأعقابهم، ولا يحلف أحد عن أحد، وأيضا لو نكلوا عنها لم يبطل الحبس بنكولهم، لبقاء حقّ العقب، وقال الباجي[300] في وثائقه: اختلف هل على المنكر يمين أم لا، فقال بعضهم لا يمين عليه، وقال بعضهم عليه اليمين. اهـ.

---

[300] الباجي صاحب الوثائق هو محمد بن أحمد بن عبد الله المعروف بابن الباجي. كان بصيرا بالعقود متقدّما في الوثائق؛ ألّف فيها كتابا حسنا وكتابا مستوعبا في سجّلات القضاة. مولده سنة 356 وتوفي سنة 431.

المبحث الرّابع في الإقرار بالمجمل

إذا أقرّ الزّوج الصّحيح، بأنّ جميع ما في بيته لامرأته، وأشهد بذلك، فقال ابن زرب لا بدّ لها من اليمين بعد ذلك، قيل له، وإن نصّت الأشياء التي أشهد لها بها، ووصفت في الوثيقة، قال وإن وصفت، فلا بدّ من اليمين، لأنّ الصّفات قد تقع على تلك الأشياء وغيرها، إلاّ أن توصف وينظر إليها الشّهود، يريهم إيّاها المقرّ بها لامرأته، ويعرفونها حين أداء الشّهادة، فحينئذ تستغني عن اليمين. قال ابن زرب: وكان عندنا شيخ ممّن يستفتى، كان يقول: إذا ادّعى ورثة الزّوج أنّه اكتسب بعد إشهاده لزوجته أشياء وجدت في البيت، وقالت المرأة إنه ممّا كان أشهد لي به، وجبت اليمين أنّه ما اكتسبها بعد إشهاده، وإن لم يدّعوا هذا لم تجب اليمين. وكان ابن زرب لا يستحسن هذا القول، ويذهب إلى أنّ اليمين واجبة على كل حال. اهـ. من أحكام ابن سهل، نقله الشّريف عند قول الزقّاق "وإشهاد زوج صحّ للعرس يجتلى" في مبحث التّوليج.

وفي الفتاوى الأجهوريّة[301]: سئل عمّن أقرّ في حال صحّته، أنّ جميع ما يملكه من نقد ودين وسائر ما بمنزله من الأمتعة، ممّا يليق بالزّوجة وما لا يليق بها لها ولولدها منه فلان وكتب بذلك وثيقة عند حاكم شرعي، فهل هذا الإقرار صحيح معمول به، سواء كان قاصدا حرمان بقيّة الورثة أم لا، فأجاب نعم الإقرار المذكور الصّادر من الصحيح العاقل الرّشيد، للزوجة والولد صحيح لازم، وإن فعل ذلك قاصدا حرمان بقيّة الورثة، ولا يضرّه الميل للزّوجة، وهو من الهبة لا بدّ فيه من حوز المقرّ له، ما أقرّ به، قبل حصول مانع للمقرّ، من موت ومرض مخوف ونحوهما. اهـ.

---

[301] الفتاوى الأجهوريّة نسبة للأجهوري؛ جمعها بعض تلاميذه؛ والمنسوبة إليه هو علي بن زين العابدين بن محمد بن زين العابدين ابن الشيخ عبد الرحمن الأجهوري شيخ المالكيّة في الديار المصريّة. أخذ عن البدر القرافي والبرموني والسّنهوري والفيشي وغيرهم. وأخذ عنه الخرشي والشبرخيتي وعبد الباقي الزّرقاني وابنه محمد. له شرح على المختصر الخليلي. توفي سنة 1066.

وأمّا إذا أقرّ أن جميع ما في بيته لزوجه وهو مريض، فعند الأبهري[302]: إن كان غير متّهم صدّق؛ وإن كان يتّهم على ذلك نظر فيه، لأنّ إقراره لمن يتّهم عليه وصيّة منه له؛ ولما علم أنّ وصّيته لا تجوز جعلها إقرار نقله في الطّرر. وأفتى ابن زرب في ذلك؛ بأنّ " ما كان من زيّها فإنّها تأخذه بلا يمين؛ وما كان من غير زيّها فلا تأخذه إلاّ بيمينها، وأفتى ابن وضّاح[303] أنّ ذلك عامل؛ إلاّ في ذهب أو فضة دنانير أو دراهم، وما كان من ثيابه وزيّه أو عروض أو طعام فهو موروث، إلاّ أن يعيّن ذلك في صحّته ويعيّن الشهود ذلك. انظر حاشية الشّريف على الزقاقيّة آخر مبحث التّوليج.

المبحث الخامس فيما يقبل فيه رجوع المقرّ عن الإقرار:

الأصل في الإقرار اللّزوم. وضابط ما لا يجوز الرّجوع عنه؛ هو الرّجوع الذي ليس فيه عذر عادي، وما يجوز الرّجوع عنه، هو ما كان للمقرّ عذر عادي في إقراره. وهذا كما إذا أقرّ الوارث للورثة: أنّ ما تركه أبوه ميراثا بينهم على القانون الشّرعي؛ ثم شهد له شهود أنّ أباه أشهدهم، أنّه تصدّق عليه في صغره بهذه الدّار وحازها له، فإنّه إذ أرجع عن إقراره يقبل رجوعه؛ لأنه أقرّ بناء على العادة ولا يكون إقراره السّابق مكذّبا للبيّنة، لأنّ هذا عذر عادي يسمع مثله. قاله القرافي في الفرق 222 وتلقّاه غير واحد بالقبول. ومن هذا المعنى أن يقول : عليّ مائة درهم إن حلف، أو إذا حلف أو متى حلف أو حين يحلف، أو مع يمينه أو بعد يمينه. فحلف المقرّ له فنكل

---

[302] هو أبو بكر محمد بن عبد الله الأبهري. انتهت إليه الرّئاسة ببغداد. وأخذ عنه أبو بكر الباقلاّني والقاضي عبد الوهاب وأبو جعفر محمد بن عبد الله الأبهري الذي يعرف بالأبهري الصّغير وبابن الخصاص المتوفّى سنة 365 – وابن القصّار وابن خويز منداد والأصيلي وابن الجلاّب. له شرح على المختصر الكبير والصغير لابن عبد الحكم وكتاب الأصول وكتاب إجماع أهل المدينة توفي سنة 395.

[303] جعله في الدّيباج مشهورا برواية الحديث والزّهد، وهو محمد بن وضاح من الأندلسيين؛ قال ولم يكن له علم بالعربيّة ولا بالفقه؛ وكان المجاوب عنه أحمد بن خالد. مولده سنة 199 وتوفي سنة 287 – أو سنة 286.

المقرّ، وقال ما ظننت أنّه يحلف، لا يلزمه شيء. قاله المقّري في القاعدة العاشرة من قواعد القسمة والمساقاة والقراض. نظير ما قالوه فيمن قال رضيت بما شهد به عليّ فلان وفلان. فما شهدوا به فهو الحقّ، فإنّ له أن يرجع عن ذلك بعد شهادتهما، ولا يلزمه الحق، لأنّ من حجّته أن يقول: ظننت أن لا يشهدا بباطل. وهو الفرق بين هذه المسألة ومسألة ما إذا قال: رضيت بيمينك وخذ ما تدّعيه. فإنّه ليس له الرّجوع عن ذلك، ويلزمه الحقّ متى حلف صاحبه. وأيضا فاليمين إما أن تكون في جهة المدّعي أحلف، كان ذلك نكولا منه عن اليمين، فلم يكن له رجوع، لأنّ بنكوله ترتّبت اليمين في جهة خصمه. وأمّا أن تكون في جهة المدّعي. فإذا قال للمدّعى عليه: إحلف فقد نكل عن اليمين، وترتّبت في حقّ خصمه. وليس رضاه بالشّهادة نكولا منه عن شيء وجب عليه فافترقا معنى.

ومن قبول الرّجوع في الإقرار للعذر العادي؛ ما فعله المجلس المالكيّ في نازلة حبس الشّيخ الهيشري؛ فقد تضمّن رسم حبسه: أنّ نصفه حبس على ابنه فلان؛ ونصفه حبس على بقيّة إخوته فلان وفلان وفلان الخ... فرفع بعض المستحقّين الأمر للقاضي الحنفي؛ يطلب تقديم مقدّم على الحبس؛ وتوزيع ريع جميعه على سائر ورثة الشيخ الهيشري على السّواء، فأدلى المختص بالنّصف برسمه المقتضي للاختصاص، فأبدى القائم مطاعن في الرّسم، ظنّها القاضي الحنفي وجيهة، فاستراب الرّسم وحجزه، وهدّد المستظهر به بالسّجن لتدليس الرّسم؛ وأمر بقسمة الحبس على الرّؤوس، وندب المستحقّين كلّهم للتّقارر على الحبسيّة، وقسمة الحبس على الرّؤوس، ومن جملتهم مستحقّ النّصف، فتقارروا على ذلك؛ ووقعت القسمة بضع سنين على الوجه المسطّر؛ ثم قام الابن المختص بالنّصف بمقتضى رسم الحبس، على المستحقّين، مدّعيا اختصاصه بالنّصف، لدى القاضي المالكي، فاحتجّ عليه المدّعى

عليهم برسم المقارّة، الصّادرة منه ومن غيره، فاعتذر بأنّ حجز الرّسم عنه، ظنّه حكمًا بإبطاله؛ وأنّ تهديده بالسّجن لأجل الاستظهار به حمله على المقارّة؛ وتبيّن أنّ الرّسم صحيح لا ريبة به، فقبل المجلس عذره وألغى المقارّة، بعد أن وجّه عليه يمينًا أنّ إقراره كان لما ذكر. وأرجف المبطلون في ذلك ما شاؤوا. وقد علمت أنّ ما فعله المجلس، هو صريح الفقه.

ومن هذا المعنى ما ذكره المغربي[304] عند قولها في أوائل العدّة وطلاق السنّة وكذلك إن طلّقها وهو غائب، فعدّتها من يوم طلق، إن قامت على الطلاق بيّنة وإن لم تقم بيّنة، إلاّ أنّه أقرّ به لما قدّم، فالعدّة من يوم إقراره، ولا رجعة له فيما دون الثلاث، إذا تمّت العدّة من يوم الإقرار. وترثه في العدّة المؤتنفة ولا يرثها، ولا يتوارثان في البتات، ولا يرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد طلاقه، قبل علمها لأنّه فرّط. ونصّ المغربي في صغيره: وانظر لو قال الزّوج هنا: إنّما أقررت بذلك لأتخلّص من النّفقة والسّكنى، هل يصدّق، وتكون له الرّجعة أم لا. وانظر المرأة تدّعي أنّ زوجها طلّقها ثلاثا فلا تصدّق ثم يخالعها فتزيد نكاحه بعد ذلك، وتقول: إنّما قلت أنه طلّقني ثلاثا لأتخلّص منه فذلك لها. والمرأة تطلّق فتدّعي الحمل؛ فتقول لم يكن لي حمل؛ وإنّما قلت ذلك ليراجعني أنّها تصدّق. انظر برنامج الشّوارد آخر مبحث الإقرار وقبيل مبحث الاستحقاق.

[304] هو أبو الحسن الزّرويلي الصغيّر المترجم له سابقا،صاحبه التّقاييد على المدونّة توفيّ سنة 719.



الفصل الثّالث
في الإبراء

الإبراء من المعيّن، إسقاط لمطالبته به. فهو في الحقيقة هبة[305]. فما كان يعرف أصله للمبرئ (بالكسر) إن حيز من المبرأ قبل حصول المانع، فذاك وإلاّ بطل. قاله التّسولي في حواشي الزقاقيّة صفحة 132 – ويعرف أصل الملك للمقرّ أو المبرئ، بأن يكون بحوزه ستّة أشهر أو عشرة، قاله الونشريسي.

والإبراء بصيغة عامة، كقوله أبرأته من جميع الدّعاوي لا يتناول الرّبع حتى ينصّ عليه؛ على ما به العمل، قاله ابن ناجي؛ ونظمه صاحب العمل المطلق فقال:

والرّبع من ذاك العموم خُصا ❁ إلاّ إذا نُصّ عليه نصّا

وقال البرزلي: وقعت مسألة اختلف فيها شيوخنا. وهي أنّ رجلا أبرأته أخته من جميع تركة أبيها؛ ما كان من ذلك في ذمّة أو أمانة إبراء تاما. وقد كان في التّركة أرض أو دار أو عين عند غيرهما، فأراد الأخ الاختصاص به للفظ البراءة وتعميمها. فأفتى شيخنا أحمد الغبريني[306] رحمه الله: بأنّه ليس له منه إلاّ قدر ميراثه وأنّه غير

---

[305] استبعده بعض علماء العصر؛ لكونه يناكده تحقيق ابن عبد السّلام الآتي في الإسقاط في المعيّن، وحكاية الإجماع المنقولة عن النّوادر في الإبراء في المعيّن، وأجبناه بأنّ الإبراء من وادي الإقرار، لأنّه اعتراف من المبرئ بأن لا حقّ له في المبرئ منه. والإقرار بالمعيّن الذي يعرف ملك المقرّ له؛ جار مجرى الهبة؛ كما هو مصرّح به في الدواوين المذهبية؛ ونقله مهدي في حاشية التّاودي؛ ونبهنا عليه في صحة 199. وكلام النّوادر صريح في أنّ الإبراء العام يتناول المعيّن كالدار والأرض. وأما نفوذه والقضاء به إذا كان المعيّن المبرؤ منه يعرف ملك المقرّ له؛ فيتوقّف على الحوز قبل حصول المانع؛ كما هو صريح نصوصهم في باب الإقرار. وليس في كلام النّوادر ما يعارضه لأنّه مسكوت عنه.

[306] أحمد الغبريني الأكبر هو قاضي بجاية، وهو أحمد بن أحمد الغبريني؛ مؤلّف. عنوان الرّواية، توفي سنة 704 – أو سنة 714 – وأحمد الغبريني الأصغر هو ولده أبو القاسم أحمد بن أحمد بن أحمد – ثلاثا – الغبريني؛ فقيه تونس وعالمها وخطيبها بجامع الزّيتونة، أخذ عن ابن عبد السّلام وغيره، وأخذ عنه البرزلي وأبو مهدي عيسى الغبريني. توفي سنة 772 وتولّى مكانه في الخطابة ابن عرفة المتوفّي سنة 803هـ.

داخل تحت الإبراء. وأفتى شيخنا الإمام أوّلا: أنّ الأخ يختصّ به، فلما عرف بفتوى المفتي المذكور رجع إليه. وهو الأحسن لأنّه ليس في ذمّته ولا في أمانته. اهـ.

ولا يتناول العموم في الإبراء الإبراء من المعيّن. فإذا قال أبرأته من جميع الدّعاوي، فلا تدخل الدّابة والدّار والثوب ونحوها، حتى ينصّ عليها، فيقول "من داري أو دابتي" ونحو ذلك. كما في الحطّاب. قاله التّسولي. وقال مهدي: والإبراء العام يشمل المعيّنات، كالعبد والدابة على ما هو الصّواب خلافا لمن وهم. قلت: وما ذكره مهدي هو المتعيّن؛ فقد ذكر الحطّاب في شرح المختصر في التّنبيه الثّاني عند قول خليل "وإن أبرأ فلانا ممّا له قبله الخ" ما حاصله: أنّ ظاهر كلام خليل والمازري أنّ الإبراء يشمل الأمانات وهي معيّنات. وفي كتاب الدّعوى من ذخيرة القرافي: أنّ الإبراء من المعيّن لا يصحّ بخلاف الدّين. فلا يصحّ أبرأتك من داري التي تحت يدك، أي أسقطت مطالبتي بها، فالكلام على حذف مضاف، مع أنّ ما ذكره القرافي، خلاف ما لابن عبد السّلام من الإسقاط في المعيّن، وأنّ لفظ الإبراء أعمّ منه، لأنّه يطلق على المعيّن وغيره. اهـ. كلام الحطاب. وفي النّوادر: وإن أقرّ أنّه لا حقّ له قبِلَه، فليس له أن يطلبه بقصاص ولا حدّ ولا إرش ولا كفالة بنفس ولا بمال، ولا دين ولا مضاربة ولا شركة ولا ميراث ولا دار ولا أرض ولا رقيق، ولا في شيء من الأشياء من عروض وغيرها، إلاّ ما يستأنف بعد البراءة في إجماعنا. اهـ. قال بعض شرّاح المختصر: وبه تعلم أنّ قول القرافي، أنّ الإبراء في المعيّن لا يصحّ خطأ، لأنّ ذلك مجمع عليه في مذهبنا كما في النّوادر.

ولو أبرأ إنسان آخر من قليل الأشياء وكثيرها، من ميراث وغيره، فالتزم آخر جميع ما التزمه الأوّل، ولم يبيّن الأوّل جميع ما كان التزمه، ثم ذهب هذا الملتزم إلى أنّه لم يقصد إلاّ أشياء معيّنة صارت له بالميراث. فاختلف فيها فتاوى العلماء، ووقع

في أقضية الحاوي عن أحكام ابن حيدر، في أخ التزم لأخيه وأخته، مثل الذي التزم لها أخوهما الرابع، في قطع دعواه عنهما في ميراث أبيهم، في قليل الأشياء وكثيرها، من ميراث وغيره. ولم يبيّن الرّابع جميع ما كان التزمه، ثم ذهب هذا الأخ الذي التزم لهما مثل ما التزم أخوه، إلى أنّه لم يقصد بالتزامه إلاّ أشياء معيّنة صارت لهما بالميراث لا غير ذلك، فأفتى ابن أبي عيسى وأكثر أصحابه: بأنّه لا يلزم هذا الأخ إلاّ ما نصّ عليه من الأملاك المذكورة، بعد يمينه أنّه ما التزم من الإبراء إلاّ على ما نصّ عليه من الأملاك المذكورة؛ وأنه ما التزم سائر ما التزمه أخوهم الرابع، وله ردّ اليمين عليهما. وأفتى ابن خلف: أنّه يلزم هذا الأخ الإبراء من جميع ما يتعيّن، وغير ذلك ممّا ترك أبوهم، من قليل الأشياء وكثيرها كما التزم أخوهم الرابع، لأنّه أبرأهم مثل إبرائه وهو عام؛ فحلّ هذا الأخ محلّ أخيه في جميع ذلك، لأنّه عرف قدره ومبلغه. وما ادّعاه من أنّ في الوصّية أشياء لم يقف عليها، فالوصيّ مؤتمن على ما أوصي عليه، والقول قوله، إلاّ أن يثبت ما يوجب نظرا فينظر السلطان. وأفتى ابن حارث: إشهاد الأخ بأن لا حقّ له في جميع ما ذكر في أعلى الكتاب، قاطع وحاسم لجميع ما فيه من ميراث في الأملاك المنصوصة ولما ذكر في آخر الوثيقة، ويلزمه في جميع ذلك ما التزمه فيه. وليس له استثناء شيء أظهره من الجملة التي أظهرها. قال البرزلي: هذه كمسألة من خالع زوجته على شيء، ثم عمّم الإبراء في جميع الدّعاوي كلّها، ثم ادّعت المرأة أنه ما كان التّعميم إلاّ في أحكام الخلع خاصّة، وادّعى الزّوج أنّه راجع إلى جميع الدّعاوي كلّها ممّا يتعلّق بالخلع وغيره. فأفتى ابن رشد بإرجاع العموم إلى جميع الدّعاوي، وأفتى ابن الحاج بإرجاعه إلى أحكام الخلع خاصّة؛ واختاره ابن مرزوق قائلا: إنّه الحقّ الذي لا عوج فيه ولا أمتا. قال سيدي عمر الفاسي: والقولان المذكوران كلاهما معمول به قضاء وفتيا. ولهذا قال الزّقّاق:

وإن عمّم الإبراء والخلع سابق ❁ فقصر وتعميم جميعًا تأهّلا

أي تأهّل كلّ منهما لأن يعمل به. وقال الشدّادي: ما اختاره ابن مرزوق هو الذي جرى به العمل، على ما صرّح به الجزولي[307] في اختصاره لنوازل البرزلي. قال البرزلي: وهو عندي يجري على الخلاف في مسألة: العام إذا ورد على سبب خاص، هل يقصر سببه أو يعمّ. وبحث فيه بعض شرّاح الزّقاقيّة بأنّ الخلاف بين الأصوليّين، إنّما هو في العام المستقل، والعام الوارد على الخلع ونحوه ليس بمستقلّ. وحكى صاحب المعيار عن بعض المتأخّرين من محقّقي شيوخه (وهو ابن مرزوق كما في شرح العمليّات العامّة) في هذه النّازلة، أن يسأل شهود الوثيقة، فإن قالوا صرّحت بما عدا الصّداق من الدّيون، أو قطعوا بفهم ذلك عنها قبلوا إن كانوا أهلا. وإن تعذّر سؤالهم سئلت المرأة، فإن قالت ما أردت إلاّ الصّداق حلفت، وثبت لها في ذمّته ما عداه. وقد اختلف فيها ببجاية ومصر وما كتبت به هو الذي ارتضيه. اهـ.

ومثله في جواب للشيخ العربي الفاسي[308]. وقال البرزلي بعد أن ذكر الخلاف: وهذا ما لم يعيّن السّياق قصره أو عمومه، فإن قصره أو عمّمه حكم عليه بذلك، وإلاّ جاء القولان. وأما إن لم يجر ذلك على سبب فلا إشكال في العموم. اهـ. انظر برنامج الشّوارد وشرّاح اللاميّة.

ولو وقع إبراء عام بأن قال: أبرأته ممّا لي قبله أو من كل حقّ لي عليه، أو قال أبرأته –ولم يزد على ذلك- ثم قام يدّعي عليه بحقّ وأقام بيّنة عليه؛ والرّسم الذي وقع فيه الإبراء خال من ذلك، لم يتعرّض لإسقاط هذه البيّنة. فإن علم تقدّم البيّنة

---

[307] هو محمد بن سليمان بن داود الجزولي. ولد بجزولة ولقي بتونس حين دخلها أبا القاسم البرزلي. مولده سنة 806 وتوفي سنة 863 –وليس الجزولي هذا صاحب دلائل الخيرات؛ وإن توافقا إسما وإسم أب ونسبا وزمانا، أما شارح الرّسالة فهو الشّيخ عبد الرحمن الجزولي. وهو متقدّم زمنا إذ توفي سنة 741 أو سنة 744.

[308] هو محمد العربي بن يوسف الفاسي. من بيت الفاسي الشّهير. مولده سنة 988 وتوفي بتطوان سنة 1052.

على البراءة أو جهل، فلا تقبل بيّنته. وإن عُلم بيّنته أنّ الحق المدّعى به بعد الإبراء، قبلت بيّنته هذا هو المشهور. وهو معنى قول المختصر "وإن أبرأ فلانا ممّا له قبله؛ أو من كل حقّ، أو أبرأه، بريء مطلقا، ومن القذف والسّرقة، فلا تقبل دعواه وإن بصكّ إلاّ ببيّنة أنّه بعده" اهـ. وأما قول اللاميّة:

ويقضى لخصم بعد نفي حقوقه ❁ ببيّنة والرّسم من نفيها خلا

فمعترض كما لشرّاحه. وهو وإن وافق ما لابن عات في طرره، فمخالف للمعتمد. والرّاجح ما أفتى به ابن الضّابط[309] في المسألة. ومن هنا يعلم أنّ ما ذهب إليه عظوم في برنامجه؛ من احتمال التّوفيق بين الكلامين، لا ينبغي اعتماده.

ولو عقد إنسان أنّه لم يخلّف عند فلان قريبه؛ أو عند ورثته؛ مالا ولا عرضا ولا ناضّا. فاختلف في سقوط اليمين عن المبرئ؛ فكان بعضهم يرى سقوطها؛ وبعضهم يرى وجوبها. قاله ابن الحاج ونقله الونشريسي في نوازل المعيار من الإقرار. قلت : والمسألة ترجع إلى توجّه يمين التّهمة؛ وقد علمت أنّ العمل بتوجّهها مطلقا. ولا يجوز للوصيّ أن يبرئ عن المحجور البراءة العامة؛ وإنّما يبرئ عنه في المعيّنات. وكذلك المحجور لقرب؛ رشده لا يبرئه إلاّ من المعيّنات ولا تنفعه المباراة العامّة، حتى يطول رشده، كستّة أشهر فأكثر. ولا يبرئ القاضي النّاظر في الأحباس المباراة العامة، وإنما يبرؤه في المعيّنات؛ وإبراؤه عموما جهل من القضاة. كجعل القاضي النّاظر مصدّقا في كلّ ما يتولّى دخله وخرجه دون بيّنة لثقته بالقيام به، فهو غير جائز، لأنّ أموال الأحباس كأموال الأيتام. قاله البرزلي ونقله الحطّاب صفحة 233 ج5 —ويتبيّن بما نقلناه، أنّ القاضي لا يأذن المقدّم أن يحاسب نفسه بنفسه، ولا بدّ من البيّنة في دخله وخرجه. فما يفعله المقدّمون اليوم في محاسباتهم، لا يساعد عليه النّظر المالكيّ.

---

[309] هو أبو عمرو عثمان بن أبي بكر حمود الصّفاقسي المعروف بابن الضّابط المحّدث توفي سنة 444.

الفصل الرّابع
في الإسقاط

إسقاط الإنسان لحقّ من حقوقه لازم له، إذا كان أهلا للتبرّع به، وكان يعدّ وجوبه له. وليس للمسقط الرّجوع، حيث لم يكن هناك عذر قويّ. فإن كان ثمّ عذر قويّ، كالزوجة تهب يومها لضرّتها أو لزوجها، أو تسقط حقّها من القسم. فإنّ لها الرجوع متى شاءت. ففي المدوّنة: إذا رضيت امرأة بترك أيامها وبالأثرة عليها، على أن لا يطلّقها جاز. ولها الرجوع متى شاءت؛ فإما عدل أو طلّق. قال اللّخمي: وسواء كانت الهبة مقيّدة بوقت أو للأبد، لأنّ ذلك ممّا يدركها فيه الغيرة، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت، إلاّ إذا كان ما وهبته، الزّمن اليسير –كاليوم واليومين–فلا رجوع لها.

وإذا وهبت يومها لضرّتها اختصت به الموهوب لها. وللزّوج الامتناع لا للموهوبة، لأنّ الحقّ في الاستمتاع بالواهبة للزّوج؛ فلو جاز للموهوبة قبول هذه الهبة بغير رضى الزوج؛ لسقط حقّ الزوج في متعته بالواهبة بغير رضاه؛ وهذا باطل. وكذلك لو قبل الزّوج الهبة؛ لم يكن للموهوبة الامتناع من القبول، لأنّ له الاستمتاع بها في كلّ وقت، وإنّما امتنع عليه لحقّ الزّوجات الأخر، فلما أسقطت إحداهنّ يومها للأخرى ورضي الزوج بذلك جاز، ولم يكن للموهوبة في ذلك مقال. ولو وهبت المرأة يومها للزوج، أو أسقطت حقّها من المبيت تصير كالعدم. وليس للزّوج أن يخصّ يومها بواحدة من البواقي. انظر المسألة الرابعة من خاتمة التزامات الحطّاب.

وتقييدنا لزوم سقوط الحقّ؛ بما إذا كان بعد وجوبه للمسقط؛ للاحتراز عما إذا كان قبل وجوبه، فإنّه يجري في سقوطه خلاف. وقد اختلف التّرجيح في فروع هذا

الأصل. وقد ساق منها الحطّاب في التزاماته سبع عشرة مسألة؛ نقتصر منها على ست؛ ونضيف إليها سابعة لم يذكرها الحطّاب:

-**المسألة الأولى**: إسقاط الشّفعة قبل بيع الشّريك لا يلزم. ففي كتاب الشفة من المدوّنة: ولو قال للمبتاع قبل الشراء اشتر؛ فقد سلّمت لك الشفعة وأشهد بذلك. فله القيام بعد الشّراء، لأنه سلّم ما لم يجب له. وإن سلّم بعد الشراء على مال أخذه جاز. وإن كان قبل الشراء بطل؛ وردّ المال وكان على شفعته. اهـ. قال ابن يونس: لأنّ من وهب ما لا يملك لم تصحّ هبته. وقال اللّخمي: ويختلف إذا سلّمها قبل الشّراء. وقال له اشتر، فإذا اشتريت فلا شفعة لي عليك. فقيل لا يلزمه ذلك وله أن يستشفع. ويجري فيها قول آخر أنّه لا شفعة له. قياسا على من قال إن اشتريت عبدي فلان فهو حرّ؛ أو إن تزّوجت فلانة فهي طالق. ومن جعل لزوجته الخيار إن تزوّج عليها، فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوّج عليها. فقد قالوا أنّ ذلك لازم لها، وهو في الشفعة أبين؛ لأنّه أدخل المشتري في الشّراء لمكان التّرك ولولا ذلك لم يشتر. فأشبه هبة قارنت البيع. ولأنّه لو قال له: اشتر ذلك الشّقص والثمن عليّ فاشتراه. يلزمه الثّمن الذي اشتراه به لأنّه أدخله في الشّراء. وهذا قول مالك وابن القاسم. وهو في الشّفعة أبين. اهـ. ولما كان القول المخرّج لا يقوى قوّة القول المنصوص، كان الرّاجح في مسألة سقوط الشّفعة، عدم اللزوم. وقد قال أبو الحسن الصغيّر: قيل لأبي عمران إذا قال "إن وجبت لي الشّفعة فقد سلمت لك" هل هي مثل مسألة الكتاب، قال: ذلك سواء ولا يلزمه شيء. وقال ابن رشد: إذا قال "إن كان فلان قد اشترى هذا الشقص بكذا؛ فقد سلّمت له الشفعة" فهذا يلزمه، إن كان قد اشترى فلان. وأما إن قال "إن اشترى فلان الشقص، فقد سلّمت له الشفعة" فهذا لا يلزمه التّسليم إن اشترى؛ لأنّه أسقط حقّه قبل أن يجب له.

-**المسألة الثّانية**: -من أسقط إرثه من مورّثه، أو وهبة لشخص آخر. فإن كان بعد موت مورّثه، أو حال مرض مورّثه المخوف الذي مات فيه لزمه، ولم يكن له رجوع؛ إلاّ إذا ظنّه يسيرا، ثم بان أنّه كثير، فيحلف على ذلك ولا يلزمه. وإن كان في صحّة مورّثه، لم يلزمه. وكان له الرّجوع. فإن وهب الوارث ميراثه لمورّثه، فإن لم يقض المورّث فيه بشيء حتى مات، رجع للواهب. وإن قضى فيه بشيء، جرى على وزان إجازة الورثة الوصيّة بأكثر من الثّلث أو لبعض الورثة. ولهم ثلاثة أحوال. الأولى؛ أن يكون ذلك في صحّة المورث من غير سبب، فإجازتهم غير لازمة لهم، على الرّاجح. كمن أعطى شيئا قبل ملكه؛ أو جريان سبب ملكه. هكذا أشار إليه مالك في الموطأ. وروي عن مالك: أنّ ذلك لازم لهم.

الحالة الثانية: أن يكون ذلك في الصّحة بسبب؛ كالسفر والغزو؛ فروى ابن القاسم في العتبيّة: أنّ ذلك لا يلزمهم. وقاله ابن القاسم. وقال ابن وهب[310] في العتبيّة: كنت أقول هذا، ثم رجعت إلى أنّ ذلك لا يلزمهم. قال محمد وأصبغ وهو الصّواب. واقتصر خليل في مختصره على القول بعدم اللّزوم الذي رجّحه أصبغ.

الحالة الثّالثة، أن يكون ذلك في مرض المورّث. فإذا كان المرض غير مخوف، فحكمه حكم الإجازة في الصّحة؛ وإذا كان مخوفا فإن صحّ المورّث منه؛ لم تلزمهم الإجازة حتى يأذنوا له في المرض الثاني، وإن لم يصحّ المورث بعده لم تلزم الإجازة السّفيه ولا الرّشيد الذي في نفقة الموصي؛ كزوجته وأولاده؛ أو له عليه دين أو في سلطانه. ولكن يحلف من في عيال الموصي، من ولد كبير أو غيره، أنّه ما أجاز إلاّ خوفا منه. وتلزم البالغ الرّشيد، البائن عن الموصي الذي لا سلطان له عليه ولا نفقة.

---

[310] هو عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي مولاهم. الإمام الكبير الجامع بين الفقه والحديث. روى عن أربعمائة عالم وصحب مالكا عشرين سنة. وروى عنه سحنون وابن عبد الحكم وأصبغ وزونان وغيرهم. مولده سنة 125 وتوفي بمصر سنة 197.

فإذا قال لم أعلم أنّ لي ردّ الوصيّة، فإن كان مثله يجهل ذلك حلف ولم يلزمه.

-**المسألة الثّالثة**: - من شرط لزوجته إن تزوّج عليها. أو تسرّى أو أخرجها من بلدها فأمرها بيدها، فتقول: أشهدوا أنّه متى فعل زوجي ذلك؛ فقد اخترت نفسي أو اخترت زوجي، فذلك يلزمها على المعروف من قول مالك. ولو شرط ذلك لها ثم أسقطت الشرط، وأباحت له التزوّج أو التسرّي أو الخروج، فإن كان بقرب إرادة فعل الزوج لزمها الإسقاط؛ ولا رجوع لها، وإن تراخى فعل الزّوج كان لها الرّجوع فيما أباحت له. قاله ابن القاسم في سماعه عن مالك وبه الحكم. قاله ابن مغيث ونظمه صاحب العمل العام فقال:

وإن يملّكها معلقًا على ❋ فعل له فأذنت أن يفعلا

ليس لها الرّجوع في ذلك ما ❋ لم يتراخ فعله وتندّما

فلو كان الشّرط طلاق الداخلة وعتق السريّة، فليس لها إسقاط ذلك. انظر شرح العمل العام صفحة 80.

-**المسألة الرّابعة**: -إذا أبرأت الزوجة زوجها من الصّداق، في نكاح التّفويض، قبل البناء وقبل أن يفرض لها، قال ابن شاس[311] وابن الحاجب يتخرّج ذلك، على الإبراء ممّا جرى سبب وجوبه قبل حصول الوجوب. واقتصر صاحب المختصر وصاحب الشّامل على القول بأنّ ذلك لا يلزمها.

-**المسألة الخامسة**: -إذا أسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل؛ ففي لزوم ذلك قولان. واقتصر القرافي الفرق في 33 على عدم اللزوم، وحكاه عن الأصحاب،

[311] هو عبد الله بن محمد بن شاس بن نزار الجذامي السّامدي من بيت إمارة. ألّف الجواهر الثّمينة في مذهب عالم المدينة؛ على ترتيب وجيز الغزالي. وهو الذي اختصره ابن الحاجب. توفي بدمياط مجاهدا سنة 610 .

وقبله ابن الشاط[312]؛ وحمل عليه ابن غازي[313] قول خليل في فصل الصّداق "لا إن أبرأت قبل الفرض أو أسقطت فرضًا قبل وجوبه" اهـ. لكن ما ذكره الموثّقون: المتّيطي وغيره وعبد الحقّ في تهذيبه، صريح في أنّ لزوم ذلك لها، هو القول الراجح. وهو الذي جزم به الحطّاب.

-المسألة السّادسة: إذا أسقطت المرأة حقّها في الحضانة. فإن كان ذلك بعد وجوبها لها لزمها الإسقاط، وإلاّ لم يلزم. قال المشذالي[314]: قال لي ابن عرفة: الفتوى عندنا فيمن خالع زوجته، على أن تسقط هي وأمّها الحضانة، أنّها لا تسقط في الجدّة، لأنّها أسقطت ما لم يجب لها. اهـ. ولو تأخّر إسقاط الجدّة عن إسقاط الأم للزم ذلك، لأنّ الحقّ انتقل إليها بعد إسقاط الأم. ففي المتيطيّة: الذي عليه العمل وقاله غير واحد أنّ الأم، إذا أسقطت حقّها في الحضانة بشرط في عقد المباراة، أنّ ذلك يرجع للجدّة والخالة؛ وقال أبو عمران وقال غيره من القرويين: يسقط بذلك حقّ الجدّة والخالة؛ ولا كلام لهما. ولهذا قال ابن الفخّار[315]: الصّواب في عقد إسقاط الزّوجة حضانة ابنها للزوج؛ أن يكتب: على أن سلّمت إليه ابنها منه؛ وأسقطت حضانتها فيه؛ ثم

[312] هو قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الأنصاري السّبتي. من تآليفه أنوار البروق على فروق القرافي. توفي سنة 723 ومولده سنة 643.

[313] هو محمد بن أحمد بن غازي العثماني المكناسي ثم الفاسي. شيخ العلماء فاس. له تآليف قيّمة من أشهرها تكميل التّقييد وتحليل التّقييد على المدّونة كمّل تقييد أبي الحسن الصغيّر. وله شرح على المختصر الخليلي. مولده سنة 841 وتوفي سنة 919.

[314] هذا اللقب لجماعة من العلماء منهم عمران بن موسى المشذالي أحد شيوخ المقّري. نقل الكثير من فتاويه الونشريسي في المعيار. مولده سنة 670 وتوفي سنة 745 – ومنهم محمد ابن أبي القاسم المشذالي البجائي. ألّف تكملة حاشية الوانوغي على المدوّنة واختصر البيان والتّحصيل. توفي ببجاية سنة 866 – ومنهم الفضل محمد بن محمد المشذالي ابن المتقدّم ذكره. مولده سنة 821 وتوفي بحلب سنة 865 – وشقيقه محمد بن محمد المشذالي توفي سنة 859.

[315] هو محمد بن يوسف بن الفخّار. ويعرف بابن بشكوال. كان يحفظ المدوّنة والنّوادر وله اختصار النّوادر واختصار المبسوط للقاضي إسماعيل. توفي ببلنسية سنة 419.

قطعت أمها فلانة أو أختها حجّتها فيما كان راجعا إليها من الحضانة. فالتّعبير يتعيّن أن يكون بثمّ؛ دون الواو. ونظم صاحب العمل المسألة فقال:

وأن يخالعها على أن تُسقطا ❁ مع أمّها حضانة ابن سقــطا

حـقّ المخـالعة لا الأمّ كمــا ❁ أفتى بتونس والشّيوخ العلما

وإذا أسقطت الأمّ حقّها في الحضانة في حال العصمة لزمها ذلك؛ لأنّ الحضانة واجبة للأمّ في حال العصمة. وقد قال ابن عرفة في باب الحضانة؛ "ومستحقّها وأبو الولد زوجان هما وفي افتراقهما أصناف".

وإذا خالع الزّوج زوجته على إسقاط حضانتها وهي حامل. فاستظهر الحطّاب أنّ ذلك لازم لها لقول العتبيّة: وسئل مالك عمّن صالح امرأته وهي حامل؛ وشرط عليها أن لا نفقة عليه حتى تضع، فإذا وضعت حملها أسلمته إلى أبيه فإذا طلبته، فنفقته ورضاعه عليها حتى تفطمه، فإن لم تستقم له بذلك فهي امرأته، قال مالك الصّلح جائز، وكلّ ما شرط جائز إلاّ ما اشترط ترجع إليه، فليست ترجع إليه وقد بانت منه، قال ابن رشد: هذا كلّه كما قال، لأنّ ما شرط عليها حقّ لها فجاز أن يشترطه عليها حاشا الرّجعة. اهـ.

-**المسألة السّابعة**: -إسقاط المستحقّ حقّه في الحبس نافذ ولازم له. ففي نوازل الحبس من الفتاوى الأجهوريّة: سئل الأجهوري عن رجل بينه وبين إخوته منزل وقف من أبيهم، فأشهد على نفسه أنّه لا حقّ له في هذا الوقف، وأسقط حقّه لإخوته. فهل يصحّ الإسقاط، وليس لورثته من بعده شيء أم لا، لأنّ غرض الواقف انتفاع الجميع بالوقف. فأجاب: يسقط حقّ من أسقط حقّه من الوقف لإخوته مادام حيّا؛ ما لم يكن في شرط الواقف ما يخالف ذلك، كما إذا شرط أنّ من أسقط حقّه يخرج عن الوقف، وإذا مات فلورثته القيام بحقّه بعد موته، حيث كان ينتقل لهم.

فإن كان ينتقل لغيرهم، كان لذلك الغير القيام به. اهـ. وفي النّوازل المذكورة أيضا ما نصّه: ذكر المحقّقون من شيوخنا، أنّ حكم من أسقط حقّه ممّا شرط له الواقف، لم يقع التّصريح به في المذهب في علمهم، وأنّ بعض المحقّقين من أشياخهم، أجراه على مسألة إسقاط الحضانة، بناء على أنّها حقّ الحاضن وهو المعتمد، قائلا: فإذا كان له إسقاط ما جعله الله له، فأولى إسقاط ما جعله له الشّرع بجعل جاعل، وقد ذكروا أنّ إسقاط الحضانة يقع على وجهين. الأوّل أن يسقطها لمعيّن من أهل الوقف؛ فإنّ إسقاطه صحيح؛ ويتوقّف على قبول المسقط له، وهل ذلك بشرط أن يكون معيّنا أهلا كما إذا وقف عليه؛ أو لابدّ من القبول في هذا مطلقا. وفرق بين أصل الوقف عليه؛ وبين إسقاط بعض الموقوف له حقّه؛ لأنّ هذا انتقل إلى باب الهبة؛ ولابدّ فيها من القبول. في فتاويه: أنّ هذه المسألة تؤخذ من قول خليل في مختصره؛ في باب الهبة "وصحّت في كل مملوك ينقل" إذ المملوك شامل الذات والمنفعة؛ ولا شكّ أنّ القدر المعيّن من الرّبع ملك لمن عيّن له. ويدلّ له ما ذكر في قول المصنّف "والملك للواقف لا الغلّة" أي فإنها ملك للموقوف عليه. قال؛ ثم رأيت للبرزلي ما يفيد ذلك؛ وقد نقله عنه شيخنا البرموني في حاشيته آخر الباب، وإذا ما أسقطه وأطلق فهو بمنزلة قوله؛ أسقطت حقّي من هذا الوقف في كلّ حالة. فهو لم يقصد الإسقاط لمعيّن؛ فهو تارة لا يتوقّف على القبول أصلا؛ كما إذا قال : وهبت هذا للفقراء؛ وتارة يتوقّف على قبول الموجود؛ كوهبت هذا لزيد وعمرو وأعقابهما وجوّز ذلك كلّه. وقد أخبرت أنّ بعضهم أفتى ببطلان الإسقاط مطلقا لعدم تعيين المسقط له؛ وعهدته عليه. وأعلم أنّ بعض الإسقاطات، لا يشترط فيها القبول، بل عدم الردّ كإسقاط الشّفعة والنّفقة فحرّره. اهـ.



الفصل الخامس
في الالتزام

الالتزام عرفا، إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا، أو معلّقا على شيء. فهو بمعنى العطيّة. وقد يطلق على التزام المعروف بلفظ الالتزام. وهو الغالب في عرف النّاس اليوم. وقد يكون في مقابلة شيء، فيكون من باب المعاوضة. فإن لم يكن الالتزام في مقابلة شيء اشترط فيه ما يشترط في الهبة. وإن كان من باب المعاوضة، اشترط فيه ما يشترط فيها، والالتزام إما أن يكون مطلقا أو معلّقا، فانحصر الكلام فيه في مبحثين.

المبحث الأوّل في الالتزام المطلق:

إذا ألزم الشّخص نفسه شيئا من المعروف، كالصّدقة والهبة والحبس والعارية والعمري والإسكان، لزمه وقضي به على الملتزم، إن كان الملتزم له (بالفتح) معيّنا، ولم يحصل للملتزم (بالكسر) مانع، من موت أو تفليس أو مرض مخوف، قبل حوز الشيء الملتزم به. فإن حصل المانع بعد الحوز نفذ الالتزام. كما إذا التزم شخص لآخر، السّكنى في دار مدّة، فأسكنه إياها، ثم مات الملتزم لم تبطل السكنى، لأنّ الحوز قد حصل. وإمّا إن كان الملتزم له غير معيّن، كالمساكين فالمشهور أنّه لا يقضى به إن امتنع الملتزم.

ونذكر من فرع هذا الأصل، مسائل في النّفقة والوصّية: فمن مسائل النّفقة، التزام الإنفاق على شخص مدّة معيّنة، أو مدّة حياة المنفق أو المنفق عليه، أو حتى يقدم زيد أو إلى أجل مجهول. فإنّه يلزمه، ما لم يفلس أو يمت لأنّ من التزم معروفا لزمه، على مذهب مالك وأصحابه. قاله ابن رشد. واختلف في دخول الكسوة والنّفقة،

والذي جزم به ابن سهل في أحكامه الكبرى والصّغرى، أنّ الملتزم إن قال لا نيّة لي في مطعم ولا ملبس قضي عليه بهما، وإن قال أردت الإطعام خاصة صدّق بدون يمين، لأنّ كلّ متطوّع مصدّق فيما يحتمله اللفظ. فلو التزم الإنفاق على آخر، فأنفق شهرا، وقال هذا الذي أردت، وطلب الآخر الإنفاق مدّة حياته، صدّق الملتزم. ولكون المتطوّع مصدّقا كان الاسترعاء، بمعنى الاستحفاظ نافعا في التبرّعات. وإن لم تعرف البيّنة صدق المسترعي فيما يدّعيه. اهـ. من الالتزامات للحطّاب.

وفي معين الحكّام: "إذا طاع الزّوج بنفقة ابن امرأته أمد الزوجيّة جاز؛ بعد ثبوت العقد. وإن كان ذلك في العقد لم يجز للغرر؛ وفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل؛ ويبطل الشّرط. فإن كان لمدّة معلومة في أصل النّكاح؛ ومات الولد قبل المدّة؛ رجع ذلك إلى الأم، وتأخذه على حساب ما شرطت. اهـ. وقال ابن سلمون: إن مات المتطوّع سقط المتطوّع به. وإن كان لمدّة معلومة، وبقي من المتطوّع به شيء؛ لأنّها هبة لم تقبض، ولا يرجع على الزّوج بشيء منها، لأنّها معروف منه وصلة للرّبيب. ولم تترك الأم من حقّها شيئا. وقع ذلك للشيوخ فأجمعوا عليه، سواء أكان ذلك طوعا أو شرطا". اهـ. قال الحطّاب: "ما ذكره في المتطوّع ظاهر، لأنّ الهبة تبطل بموت الواهب قبل قبضها، وأما إذا كان شرطا في العقد وأجزناه، إذا كان لمدّة معلومة، على ما رجّحه ابن رشد، فينبغي أن لا يسقط وأن يحلّ بموت الزّوج". اهـ.

ولو تزوجّت المرأة رجلا، وشرطت عليه نفقة الأولاد أجلا معلوما، أو تطوّع به بعد العقد مدّة الزوجيّة، وأرادت الرّجوع بذلك على أبيهم. فإن كان ذلك مكتوبا من حقوقها، بحيث لها الرّجوع متى شاءت وإسقاطه لزوجها، فلها أن ترجع بنفقتهم على أبيهم. وإن كان ذلك للولد، فلا رجوع على أبيه بشيء. هذا ما وقعت به الفتيا على ما قاله البرزلي. قال البرزلي: "وهو جار على الأصول، إذ في الصّورة الأولى

مال وهب لأمّه؛ فإذا أنفقته على الولد، رجعت به على أبيه. وفي الثانية مال وهب للولد، فنفقته على نفسه لا على أبيه". قال الحطّاب : "وللأب أن يمتنع من إنفاق الزّوج على الولد" . اهـ.

ولو خالع الزّوج زوجته؛ على إن التزمت له مؤونة حمل إن ظهر بها، أو مؤونة حمله الظاهر جاز. وإن التزمت له مع ذلك إرضاع الولد ومؤونته إلى فطامه جاز ولزمها. فإن ماتت أخذ من تركتها؛ ويوقف منها قدر مؤونة الابن إلى انقضاء المدّة. فإن ولدت توأمين لزمها إرضاعهما. فإن مات الولد في خلال العامين فلا شيء للأب عليها، لأنّ المقصود من التزامها براءة الأب من مؤونة ابنه. هذا هو المشهور من المذهب، وبه القضاء قاله في مختصر المتيطيّة. قال ابن سلمون: وللزّوج محاصة غرماء المرأة بنفقة ابنه المشترطة في الخلع. فإن أعدمت الأم في خلال المدة. فإنّ النّفقة تعود على الأب، ثم إن أيسرت رجعت النّفقة عليها. وفي اتبّاع الوالد بما أنفق على ابنه مدّة عدمها قولان، واتباعها بذلك هو المشهور، والذي جرى به القضاء. فإن كانت أشهدت على نفسها أنّها موفورة المال؛ وأنّها متى أثبتت أنّها عديمة فذلك باطل؛ فلا تنتفع بما يشهد لها من العدم، حتى يشهدوا بمعرفة ذهاب مالها ووفور حالها الذي أقرّت به قاله ابن رشد. اهـ. قال الحطّاب: وهذا حيث تكون المرأة مجهولة، ولم يشهد بعدمها إلا شاهدان أو نحو ذلك. أما إن كانت معلومة بالإعسار والعدم، بحيث يشهد بذلك غالب من يعرفها، ويغلب على الظّن أن ما أشهدت به من الوفور كذب محض، فلا يلتفت إلى ما أشهدت به من الوفور، ولا إلى قولها: أنّها متى أثبتت أنها عديمة أنّ ذلك باطل ويلزم الزّوج الإنفاق. اهـ.

ومن مسائل الوصايا. الوصيّة إذا التزم فيها عدم الرجوع. ففي لزومه خلاف بين متأخّري فقهاء تونس، مبنيّ على أنّ الوصيّة من لوازمها الشرعيّة وخواصها صحّة الرّجوع عنها، فهل يتنزّل اللاّزم الشرعي منزلة اللاّزم العقليّ، أو لا، وتتفرّع إلى ثلاثة فروع :

الأول الوصيّة التي التزم الموصي فيها مجرّد عدم الرّجوع مجملا.
الثاني الوصية التي التزم فيها ذلك، مستندا لاختيار قول من قال بلزومه من العلماء.
الثالث التزامه ذلك، ثم تأكيده إيّاه بقوله "وأنّه مهما أو متى رجع، كان رجوعه تجديدًا للوصّية أو تنفيذًا لحكمها "وأنّه مهما أو متى رجع، كان رجوعه تجديدًا للوصيّة، أو تنفيذًا لحكمها" أو نحو ذلك من الألفاظ. فأما الفرع الأول، ففي لزوم ما التزمه من عدم الرجوع أقوال أربعة، أشار ابن عرفة إلى ثلاثة منها بقوله في مختصره "فلو التزم عدم الرجوع، ففي لزومه خلاف بين متأخّري فقهاء تونس، قال ابن علوان ثالثها وإن كانت بعتق لزم الالتزام المذكور. وإن كان بغيره لم يلزم" اهـ. الرّابع إذا التزم فيها أنّه لا ينسخها. فلا ينسخها نسخ عام بعدها، كقوله: نسخ كل وصيّة قبلها إلاّ بالنص عليها. وللشيخ ابن عرفة في مختصر الحوفي[316]: لو التزم عدم الرجوع لزمه على المشهور. وفي نسخة منه: على الأصحّ. وهو ما ذهب إليه الشيخ أبو عمران الفاسي وأبو إسحاق التّونسي[317] وعبد الحميد الصّائغ[318]. وبه أفتى أبو القاسم أحمد الغبريني والشيخ ابن عرفة وأبو القاسم القسنطيني[319] والشيخ عمر القلشاني الجد[320].وهؤلاء

---

[316] هو أبو القاسم أحمد بن محمد بن خلف الحوفي الإشبيلي. كان من بيت علم وعدالة؛ بصيرا بعقد الشّروط؛ فرضيّا ماهرا؛ له في الفرائض تصانيف: كبير ومتوسّط ومختصر؛ وكلّها بلغ من الإجادة الغاية. توفي في شعبان سنة 588.

[317] هو أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن إسحاق التّونسي. أخذ عن أبي عمران الفاسي. وأخذ عنه عبد الحميد الصّائغ. توفي بالقيروان سنة 443.

[318] هو عبد الحميد بن محمد القيرواني المعروف بابن الصائغ. تفقّه به الإمام المازري وتوفّي بالقيروان سنة 486.

[319] هو أبو الفضل قاسم القسنطيني الوشتاتي التونسي؛ قاضي الجماعة بتونس وإمام جامعها. أخذ عن ابن عرفة والغبريني والزّغبي. وأخذ عنه ابن ناجي. توفي سنة 846 – أو سنة 847 وهناك عالم آخر يلّقب بالقسنطيني وهو أحمد ابن يونس القسنطيني التونسي. تولّى قضاء الأنكحة بتونس. أخذ عن البرزلي والزنديوي. توفي سنة 878.

[320] هو عمر بن محمد القلشاني التونسي. قاضي الجماعة بتونس وخطيب جامعها. أخذ عن ابن عرفة والأبّي والغبريني. وأخذ عنه حلولو والرصّاع. توفي سنة 847.

من مشيخة فقهاء الدّولة العثمانية[321] بتونس. والقول الثاني وهو عدم لزوم الالتزام. أخذ من قول : تخييرها لو قال أنت طالق تطليقة لا رجعة لي فيها فله الرّجعة. وقوله لا رجعة لي فيها، ونيّته باطل. قال ابن ناجي في سابعة تخييره وفي سادسة ستور صغيره: وبهذا القول العمل. وقال في رهون كبيره : وبه الفتوى. قال عظوم : إن أراد في عصره فمسلّم، وإن أراد الإطلاق فمردود بفتاوى من تقدّم.

وأما الفرع الثاني، وهو إذا التزم عدم الرجوع، اختيارًا لقول من قال بلزومه من العلماء. فقال ابن ناجي في ستور صغيره؛ بعد أن ذكر فرع مجرّد التزام عدم الرّجوع والأخذ من المدوّنة أنّه يرجع وبه العمل. وفتوى الشيخ أبي القاسم الغبريني أنّه لا يرجع. قال وإذا فرَّعنا على الأول؛ وأشهد على نفسه: أنّه عرف باختلاف العلماء فيها، فأخذ بقول من رأى العمل بعدم الرّجوع. فقال شيخنا أبو مهدي: لا ينفعه ويرجع، وقال شيخنا البرزلي: لا يرجع وبالأوّل أقول. اهـ. والتزام قول من الأقوال، أصل مختلف فيه بين الموثّقين. ذهب ابن الهندي إلى أنّه يقضى عليه بما قضى به على نفسه. وصوّبه ابن بشير[322]. وذهب ابن العطّار إلى أنّه لا يلزمه ذلك، قائلا: ليس له أن يتخيّر على الحاكم؛ ويحكم على نفسه بقول قائل من أهل العلم؛ حتى يكون الحاكم هو الذي يقضي بما ظهر له من الاختلاف في ذلك. ونظم صاحب العمل العام ما حكاه ابن ناجي من العمل فقال:

ومن يقل ليس له نزوع ❁ عمّا به أوصى له الرجوع
فيه ولو يكون فيما قيد ❁ عليه أنّه الشهود أشهد

---

[321] يعني دولة أبي عثمان الحفصي.

[322] هو أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد ابن بشير التّنوخي المهدوي. أخذ عن السّيوري وألّف كتاب التّنبيه وكتاب جامع الأمّهات والتّذهيب على التّهذيب وكتاب المختصر. أكمله سنة 526 ومات شهيدا.

بأنّه عــرف خلف العلــما ❀ فاختار من له انتفا العود انتمى

وأما الفرع الثالث، وهو ما إذا زاد الموصي في وصيّته "إنّه مهما رجع عنها كان رجوعه تجديدا لها وتنفيذا لحكمها" فاختار عظوم في برنامجه: أنّه يلزمه الالتزام، وأنّه ينبغي أن يكون ذلك خارجا عن الخلاف. وأطنب في الاستدلال على ذلك في مبحث الوصيّة من البرنامج، فراجعه إن شئت. وبحث فيه الشيخ إسماعيل التّميمي بما هو وجيه جدّا. لكن جرى القضاء التّونسي بما اختاره عظوم، من لزوم التزام عدم الرجوع، إذا قال "ومتى رجع كان رجوعه تجديدا للوصيّة، وتنفيذا لحكمها" من زمن العلاّمة الشيخ الشّاذلي بن صالح كبير أهل الشّورى رحمه الله إلى زمننا هذا.

قال الحطّاب : "وشبه مسألة الرّجوع في الوصيّة؛ مسألة اعتصار الأبوين الهبة من ولدهما؛ حيث يجوز لهما الاعتصار. فلو التزم الواهب منهما عدم الاعتصار. فالظّاهر لزوم ذلك له. ولم أقف عليه منصوصا. اهـ." قلت: إذا كان الاعتصار من اللوازم الشرعيّة لهبة أحد الأبوين ولدهما، لزم جريان الخلاف في المسألة؛ بناء على أن اللاّزم الشّرعي منزّل منزلة اللاّزم العّقلي، ويستحيل وجود الملزوم بدون لازمه. أو غير منزل منزلته. اللهم إلاّ أن يقال، الرّجوع في الوصيّة لازم متّفق عليه، بخلاف الاعتصار فمختلف فيه، والحنفيّة لا يرون الاعتصار فيما يهبه أحد الأبوين لولده؛ فلا يقاس الاعتصار على الرّجوع، لأنّ المقيس عليه أقوى. فتأمّل ذلك.

المبحث الثّاني في الالتزام المعلّق

الالتزام المعلّق، إما أن يعلّق على فعل الملتزم أو الملتزم له أو غيرهما. فأما المعلّق على فعل الملتزم فإن كان القصد بالالتزام، الامتناع من ذلك الفعل المعلّق عليه، ويسمّى يمينا، كقوله لزوجته: إن تزوّجت عليك فلك ألف دينار. فاختلف في القضاء به، والمشهور من المذهب أنّه لا يقضى به؛ سواء أكان الملتزم له معيّنا أو غير معيّن.

إلاّ في العتق، فإنّه يقضى به. وإن كان القصد بالالتزام حصول ذلك الفعل؛ ويكون الشيء الذي التزمه شكر الله تعالى على حصوله؛ كقوله: إن قدمت من هذا السّفر فلفلان عليّ ألف درهم؛ أو إن أتممت هذه الدّار أو هذا الكتاب؛ فعليّ كذا —ويسمّى نذرا- فحكمه اللزوم؛ ويقضى به إن كان لمعيّن؛ ولا يقضى به إن كان لغير معيّن؛ على المشهور. ومن أمثلة اليمين ما في مفيد الحكّام: لو اشترط أحد الخصمين لصاحبه: إن لم يوافه عند القاضي إلى أجل سمّاه؛ فدعواه باطلة إن كان مدّعيا. أو دعوى خصمه حقّ إن كان مدّعى عليه، فيتخلّف فلا يلزم هذا الشّرط؛ ولا يوجب حقّا لم يجب؛ ولا يسقط حقّا قد وجب. قاله عيسى. قال أبو الحسن: ومن ذلك ما يقول الناس اليوم "من لم يحصر مجلس القاضي وقت كذا؛ فالحقّ عليه" لا يلزم من التزمه. اهـ. لأنّ ذلك من قبيل المخاطرة؛ ليس فيه شيء من المعروف. وقال الحطّاب: مثل ذلك قول أحد الخصمين "إن لم آت بالبيّنة أو بمستند في وقت كذا فدعواي باطلة؛ أو دعوى خصمي حقّ" فهذا كلّه لا يلزم. ولا أعلم فيه خلافا؛ فينبغي أن يحكم ببطلانه ولو حكم به حاكم. إلاّ أن يوجد قول باللزوم فيه. وقد كثر الحكم به من جهلة قضاة المالكيّة؛ فينبغي التنبّه له. وأما إذا التزم المدّعى عليه أنّه إن لم يوفّه حقّه في وقت كذا؛ فله عليه كذا وكذا. فهذا لا يختلف في بطلانه؛ لأنّه صريح الربّا. وسواء أكان الشّيء الملتزم به من جنس الدّين أو غيره. وسواء أكان شيئا معيّنا أو منفعة. وليس من هذا قول أحد الخصمين للآخر "إن لم أوافك عند السّلطان فكراء دابتّك عليّ" ثم يخلفه. فقيل لا يلزمه ذلك؛ وقال مطرّف وابن الماجشون وأصبغ: يلزمه ذلك. وصوّبه ابن يونس؛ لأنّه أدخله في غرم كراء الدابّة، بوعده، فإذا أخلفه لزمه ما أوجبه على نفسه. كمن قال "اشتر عبد فلان، وأنا أعينك فيه بكذا" فاشتراه، فإنّ ذلك يلزمه. لأنّه أدخله فيه بوعده، بخلاف ما قبله فإنّه لم يدخله في غرم شيء.

ومن ذلك ما افتى به ابن الحاج وابن رشد —في امرأة خالعت زوجها، على أن حطّت عنه جميع كالئها، وعلى أنّها إن تزوّجت قبل انقضاء عام من تاريخ الخلع، فعليها مائة مثقال —أنّ الخلع جائز والشّرط باطل، ولها أن تتزوّج قبل العام ولا شيء عليها. قال الحطّاب أي في القضاء، وإن كانت تؤمر بالوفاء بذلك.

وأمّا الالتزام المعلّق على فعل الملتزم له. فإن كان الفعل غير اختياري، كقوله لزوجته "إن ولدت غلاما فلك كذا وكذا" فحكمه إذا وجد المعلّق عليه، حكم الالتزام المطلق في اللّزوم والقضاء به. وإن كان الفعل واجبا على الملتزم له، كقوله "إن جئتني بمتاعي الضّائع، فلك كذا وكذا" وكان المتاع عنده أو يعلم مكانه، فإنّ ذلك غير لازم للملتزم ولا يحكم عليه به؛ وردّ ذلك واجب عليه، وكذلك الإعلام بموضعه، ولا يجوز أن يأخذ على نفسه شيئا، لأنّ ذلك من باب الجعل، ومن شرطه: أن لا يكون الفعل ممّا يلزم المجعول له عمله. فإن كان الفعل واجبا كفائيّا. لزم الالتزام المعلّق عليه، كقوله "إن غسلت هذا الميّت فلك كذا وكذا" —وقيّد ابن رشد الصّورة الأولى، بما إذا لم يكن الملتزم يعلم أنّ ذلك الفعل يجب على الملتزم له، ثم علّق الالتزام عليه وإلاّ لزمه الالتزام. ويحمل على أنّه أراد أن يرغّبه في الإتيان بذلك الفعل، كقوله "إن صلّيت الظّهر اليوم، فلك عندي كذا وكذا".

وإن كان الفعل محرّما على الملتزم له، كقوله "إن قتلت فلانا أو إن شربت الخمر، فلك كذا وكذا" فحكمه أنّ ذلك غير لازم.

وإن كان الفعل جائزا. فإن كان لا منفعة فيه لأحد. كقوله "إن صعدت هذا الجبل، فلك كذا" لم يلزم الالتزام، لأنّه من باب الجعل، ويشترط فيه حصول المنفعة في العمل المجعول فيه، على الرّاجح من القولين. وإن كان الفعل فيه منفعة للملتزم. فلا يخلو إمّا أن يكون الفعل المعلّق عليه إعطاء الملتزم له؛ للملتزم أو لغيره شيئا، أو

تمليكه إياه كقوله "إن أعطيتني دارك، فلك عندي كذا" –لشيء يسمّيه- أو "فقد أسقطت عنك الدّين الذي لي عليك" فيكون من باب هبة الثواب،التي هي بيع من البيوع. وحينئذ يشترط ما يشترط فيها. وإما أن يكون الفعل المعلّق عليه إعطاء الملتزم له للملتزم أو غيره. منفعة شيء، كقوله "إن أسكنتني دارك سنة، أو سنين مسمّاة. أو أسكنت فلانا فيها، سنة أو سنين مسمّاة فلك كذا" فيكون من باب الإجارة، ويشترط فيها شروطها. وإما أن يكون الفعل المعلّق عليه، عملا يعمله الملتزم له للملتزم أو لغيره؛ كقوله "إن حفرت لي بئرا في أرضي، أو إن جئت ببعير فلان، فلك كذا" فيكون من باب الجعل، ويشترط فيه شروطه. وإمّا أن يكون الفعل المعلّق عليه، أن يترك الملتزم له حقّا من حقوقه، لأجل ما التزمه له الملتزم. نحو قول الشّخص للحاضنة "إن أسقطت حقّك من الحضانة، فلك كذا" وكمسألة إعطاء الزّوجة شيئا، على أن لا يتزوّج عليها. وهذا يشبه أن يكون من باب الجعل. فإذا أعطت الزّوجة زوجها شيئا، على أن لا يتزوّج عليها، أو وضعت له شيئا من صداقها، فالمنصوص في المسألة: أنّه إن تزوّج عليها فلها أن ترجع عليه، سواء أتزوّج عليها بالقرب أو بعد البعد. وهو ظاهر المدوّنة وغيرها. وأما إذا أعطته الزوجة شيئا، على أن يطلّق ضرّتها فطلّقها، ثم أراد أن يراجعها، فيفصّل في ذلك بين القرب والبعد. كما إذا أعطته زوجته مالا. على أن يمسكها ثم فارقها، فإن كان فراقها بقرب العطيّة. كان لها أن ترجع. وإن كان فراقها بعد أن طال الأمد، وما يرى أنّها بلغت الغرض في مقامها لم ترجع. وهكذا قال مالك فيمن أسقطت عن زوجها صداقها على أن لا يتزوّج عليها، فطلّقها بحضرة ذلك، فلها أن ترجع عليه، وإن طلّقها بعد ذلك فيما يُرى لم يطلقها لمكان ذلك، لم ترجع عليه. قال أصبغ: إلاّ أن يكون الطّلاق بحدثان الإسقاط، ليمين نزلت ولم يتعمّد، ولم يستأنف اليمين، فلا شيء عليه أيضا، قال اللّخمي: وأرى لها أن ترجع في عطيّتها،

وإن كان الطّلاق ليمين حنث فيها، لأنّها إنّما أسقطت صداقها لمعنى، ولتبقى زوجة في عصمته، فإذا لم يصحّ ذلك لها، لم يلزمها ما أعطته. وما اختاره اللّخمي مخالف لقول مالك وأصبغ. ولو سقطت حضانة الحاضنة بزواجها أو غير ذلك، ووجب للأب أخذ الولد منها، فأرادت إبقاءه عندها، على أن تلتزم نفقته فالتزامها لازم.

وأمّا الالتزام المعلّق على الفعل، الذي فيه منفعة لغير الملتزم والملتزم له. كقوله "إن وهبت أرضك لفلان فلك عندي كذا. أو إن أسكنته دارك سنة، فلك عندي كذا" فهو إما من باب هبة الثواب، أو من باب الإجارة أو باب الجعل. فيشترط في كلّ نوع شروطه. ومن هذا النّوع ما إذا بذل شخص لرجل مالا، على أن يطلّق ذلك الرّجل زوجته، أو التزم له بمال إن فعل ذلك، فإنّه يلزمه بذل المال. ويقع الطّلاق بائنا، كما ذكروه في باب الخلع. ولذلك شرطوا في جوازه، أن لا يكون القصد بذلك إضرار المرأة، بإسقاط نفقة العدّة. قال القاضي ابن عبد السّلام: وأمّا ما يفعله أهل الزمان في بلدنا، من التزام أجنبيّ ذلك، وليس قصده إلا إسقاط النّفقة الواجبة في العدّة للمطلّقة على مطلّقها، فلا ينبغي أن يختلف في المنع منه ابتداء. وفي انتفاع المطلّق به بعد وقوعه نظر. اهـ. وقال ابن عرفة: باذل الخلع من صحّ معروفه. والمذهب صحّته من غير الزوجة مستقلاّ. قلت: ما لم يقصد ضررها، بإسقاطه نفقة، فينبغي ردّه، كشراء دين العدو. وفيها: من قال لرجل "طلّق امرأتك، ولك عليّ ألف درهم" ففعل، لزم ذلك الرّجل. قال الحطّاب: ومقتضى قول ابن عرفة "ينبغي ردّه" أن يبطل الالتزام ويقع الطّلاق رجعيّا. وهذا هو الظاهر. اهـ.

وأما الالتزام المعلّق على غير فعل الملتزم والملتزم له، فحكمه حكم الالتزام المطلق، يقضى به إذا وجد المعلّق عليه، وكان الملتزم له معيّنا. ولا يقضى به إن كان الملتزم له غير معيّن. ومن أمثلته: ما وقع في أوّل رسم "إن خرجت" من سماع

عيسى. من كتاب الصّدقات والهبات. في امرأة تركت زوجها وولدها وبنتا منه وأباها، وتركت متاعا وحليّا وصداقا على زوجها، فقال أبوها للزّوج "إن تصدّقت بنصابك منها من صداقها وحلّيها ومتاع وغيره على ولديها، فميراثي منها في جميع ما تركت، صدقة عليهما" فقال الزّوج "تصدّقت بجميع نصابي عليهما" وأشهد لهما بذلك، فمات الجدّ —وهو أبو الزوجة —ومات أبو الولدين، والصبيّان طفلان؛ والمتاع والحلّي وجميع ما تركت بيد أبيهما، والصّداق عليه كما هو، قال ابن عبد الرحمن[323]: أما ما تركت من المتاع والحلّي فهو لهما، لأنّ حوز أبيهما لهما حوز، وأما الصّداق، فليس لهما منه شيء، لا من نصيب جدّهما، ولا من نصيب أبيهما؛ لأنّ الجدّ إنّما تصدّق عليهما على أن يتصدّق أبوهما عليهما؛ فإذا لم يتصدّق أبوهما عليهما، فليس لهما من صدقة جدّهما شيء؛ إذ لم يعزل ذلك لهما الأب؛ ويجعله على يد غيره. لأنّ الأب إذا تصدّق على ولده بناضّ: لم تجز صدقته إلاّ أن يجعل ذلك على يد غيره. اهـ. وقبله ابن رشد.

[323] هو أبو بكر بن عبد الرحمن، المترجم له في هامش صفحة 187.



الفصل السّادس
في الشّهادات وفيه مباحث

المبحث الأوّل في شروط قبول الشّهادة وذكر موانعها

الشّاهد حال تحمّله الشّهادة؛ لا يشترط فيه إلاّ الميز والضّبط. وحال الأداء يشترط فيه البلوغ والعقل والحريّة والإسلام والعدالة. واختلف هل من شرطه الرّشد؛ فروى أشهب عن مالك: أنّ شهادة المولّى عليه جائزة إن كان عدلا. وهي رواية ابن عبد الحكم[324] أيضا عنه، وقال أشهب لا تجوز شهادته، وإن كان مثله لو طلب ماله أعطيَهُ. واختاره ابن الموّاز وابن عبد السّلام. قال ابن عبد السّلام: لأنّ سوء التصرّف في المال، الموجب للولاية، يدلّ على عدم كمال العقل، والضّعف عن مقاومة الشّهوات. وذلك مظنّة عدم الضّبط. لكن زيادة أشهب، في قوله وإن كان الخ، غير بيّنة. اهـ. وذكر في البيان: أنّ قول أشهب هو الذي يأتي على المشهور من قول مالك وأصحابه، أنّ المولّى عليه لا تنفذ أقواله. واقتصر في المختصر على عدم القبول. وذكر المتّيطي أنّ به العمل. ونظمه صاحب العمل العام بقوله:

ولا تجز شهادة المولـــّى ❁ عليه فالمحجور ليس أهلا
ولو يكون مثله لو طلب ❁ أخذ متاعه ينال المطلـــب

وأما موانعه فستّة.

الأوّل التغفّل، إلاّ فيما لا يلبس.

[324] هو عبد الله بن عبد الحكم بن أعين. أفضت إليه الرّئاسة بعد أشهب. روى الموطأ عن مالك، وكان من أعلم أصحابه بمختلف قوله. أخذ عنه ابن الموّاز وابن حبيب والرّبيع بن سليمان وابن نميّر. له المختصر الكبير والأوسط والصّغير. ولد بمصر سنة 155 وتوفي بها سنة 214.

الثّاني تأكّد القرابة، لأنّ تأكّدها يوجب تهمة الشّاهد في استجلاب النّفع لقريبه؛ فلا تقبل شهادته. ويندرج تحت خبر "لا تجوز شهادة خصم ولا ظنّين" وتأكد القرابة في شهادة الأصل، وإن علا لفرعه وعكسه، وشهادة أحد الزّوجين للآخر، وشهادتهما لزوج ابنتهما، ولزوجة ولدهما، وشهادة زوج البنت لهما؛ وزوجة الولد لهما؛ وشهادة أحد الزّوجين لربيبه، وشهادة الرّبيب لزوج أمّه أو زوجة أبيه. وتجوز شهادة أحد الأبوين لولده على ولده الآخر ما لم يظهر ميل للمشهود له؛ فلا تقبل حينئذ، كما إذ أشهد للصّغير على الكبير، أو للبارّ على العاق. وتجوز شهادة الولد لأحد أبويه على الآخر، ما لم يظهر ميل للمشهود له. فلو شهد الولد على أبيه بطلاق أمّه؛ جازت شهادته. ولو شهد بطلاق غير أمّه لم تجز؛ إن كانت أمّه في عصمة أبيه أو حيّة مطلقة؛ وتجوز إن كانت ميّتة. ولو شهد لأبيه على جدّه؛ أو لولده على ولد ولده لم تجز. ولو كانت على العكس جازت. وتجوز شهادة الابن مع أبيه. وتعتبر تامّة على ما به العمل عندنا، خلافا لما في المختصر الخليليّ من أنّها واحدة. وفي العمليّات العامّة

شهادة الأب والابن واحد ❁ وقيل ثنتان لكلّ فائدة

كلا المقالين جرى العمل به ❁ لكنّما الأخير أقوى فانتبه

ومثل ذلك شهادة أحدهما عند الآخر؛ وشهادة أحدهما إلى حكم الآخر؛ وشهادة أحدهما على شهادة الآخر. وأما تعديل أحدهما للآخر فلا يجوز. وتجوز شهادة الأخر لأخيه، بشرط التّبرير في العدالة على المعتمد، كما في الزّرقاني. وقال ابن ناجي به الفتوى. وبشرط أن لا يكون في عياله، كما في الحطّاب. وبشرط انتفاء التّهمة؛ فلا تقبل فيما ينفي عنه وصمة أو يدفع عنه محنة؛ أو نكاح من يشرف بنكاحها أو لها يسار والمشهود له فقير.

المانع الثّالث تهمة جرّ النّفع لنفسه؛ أو دفع الضّرر عنها.

المانع الرّابع العداوة النّاشئة عن أمور الدّنيا. فلا تقبل شهادة العدوّ على عدوّه، ولا على ابن عدوّه؛ لتهمة أن يكون قصد بشهادته على أحدهما الانتقام والتشفّي. ولا تضرّ تهمة الجر والدفع والعداوة؛ إذا حدثت بعد أداء الشهادة وقبل الحكم بها. كما لو شهد لامرأة أجنبيّة عنه بحقّ، ولم يحكم بشهادته حتى تزوّجها فلا تبطل شهادته، إلاّ أن يثبت أنه كان خطبها قبل ذلك. أو شهد على رجل أنّه كان طلقها البتّة ثم تزوّجها، وثبت أنّه خطبها قبل ذلك. قال ابن ناجي في شهادات كبيره إثر شهادة الإصهار: قال أصبغ في العتبيّة؛ من ثبتت شهادته عند قاض لامرأة ، فلم يحكم بها حتى تزوّجها الشّاهد لم تبطل شهادته. بخلاف الوصيّة لغير وارث، ثم يصير وارثا يوم الموت، فلا تجوز الوصيّة. والفرق أن ردّ الشاهد معلّل بالظنّة، وهي في الزّوجة إنّما حدثت بعد الشّهادة، والوصيّة ينظر فيها يوم تجب، وذلك بعد الموت. وأخبرنا بعض شيوخنا القضاة، أنّ بعض شيوخه المحصّلين المفتين، كان وقّف عن الشهادة، بسبب أنّه شهد باسترعاء لامرأة بحقّ ثم تزوجها. وفهمنا منه بذكره هذا، زجر الطلبة عن ترك التحفّظ، ولو وافق بتركه قولا منصوصا بمذهبه. ابن ناجي: عزل هذا الشاهد ظلم من فاعله، لأنّ قول أصبغ هو المذهب، وهو ظاهر قولها "ولا أحد الزّوجين لصاحبه" وحالة شهادته، لم تكن زوجة له قط فلا يتّهم، إلاّ أن تكون قرينة، كبعث من يخطبها له ثم يشهد لها ثم يعقد عليها. فشهادته تبطل كما تمّم به ابن رشد قول أصبغ. ثم لا يلزم من بطلان شهادته عزله. ونزلت في أحكامي بباجة؛ مسألة من هذا: طرأت امرأة من المشرق علينا؛ وأقامت بها أشهرا؛ ثم أرادت التزوّج؛ بعمل سببها شهد فيها من قبلته؛ ثم تزوّجها رجل ممّن شهد لها؛ فلم أعرض له عملا بما ذكرته. اهـ. قال عظوم في برنامج الشوارد. وانظر هل كتب شهادته يعدّ بمنزلة الأداء،

كما صرّح به في مختصر الحديريّة، فطرو أحد هذه الأمور الثّلاثة بعده، لا يؤثّر. اهـ. قلت عملنا اليوم على اعتبار الكتابة بمنزلة الأداء، حتى إنّ القاضي يعتمد على الوثائق التي بها عقود العدول، من غير أن يؤدّوها عنده.

وإذا كانت الشّهادة بأشياء، ورُدَّ بعضها للتّهمة، رُدّت كلّها على المشهور. وإذا رُدّ بعضها للسّنة، يمضي منها ما لا تردّه السّنة. كما إذا رُدّت لانفراد الشاهد، يمضي منها ما يجوز بالواحد، كالشاهد بوصيّة بعتق ووصايا لقوم، فيحلفون ويستحقّون من الثلث، بعد إخراج قيمة الرّقبة منه. ومن الردّ للتّهمة، شهادة الرّجل لنفسه ولغيره في وصيّة. وقد كثر فيها الاختلاف. والذي اقتصر عليه صاحب المختصر، مضيّها فيما لا يتّهم فيه، كأن يوصي له بالشّيء التّافه، فتجوز له ولغيره، وردّها في الكثير فلا تجوز له ولا لغيره.

المانع الخامس –الحرص، إمّا على إزالة النّقص، وإمّا على التأسّي وإمّا على الأداء وإمّا على القبول.

فالحرص على إزالة النّقص، كمن أدّى شهادة، فرُدَّت لفسق أو صبا، ثم بعد زوال المانع الموجب للردّ، شهد بها مرّة ثانية فلا يقبل، لأنّه يتّهم أن يزيل عن نفسه عار النّقص الذي لحقه بسبب ردّ شهادته. والنّفس – كما قال مالك – مجبولة على ذلك.

والحرص على التأسّي؛ أي على أن يكثر أمثاله؛ من المتّصفين بمثل ما اتّصف به من النّقص؛ حتى إذا عُيّر وجد الكثير من أمثاله؛ فيخفّ عليه الأمر؛ لأنّ الشيء إذا كثر يقلّ استقباحه عادة. وهذا كشهادة ولد الزّنى في الزّنى. فلا يقبل في شهادته به على أحد؛ وإن كان عدلا. لأنّه يتّهم بتكثير أمثاله؛ ليستخفّ ما لحقه من العار لأجله. ومثله شهادة من حُدَّ في كبيرة؛ خمر أو قذف أو زنى. فإذا تاب لم تقبل شهادته فيما حُدَّ فيه.

والحرص على الأداء؛ كمبادرته لرفع شهادته للقاضي؛ فيما هو حقّ آدمي محض؛ قبل أن يسأله صاحب الحقّ تلك الشّهادة. والتّقييد بحقّ الآدمي المحض للاحتراز عمّا فيه الحقّان. فإنّ الرّفع قبل السؤال لا يضرّ لأجل ما فيه من حقّ الله. وهذا كالوقف على معيّنين ثم بعدهم للمسجد. وأما فيما هو حقّ من حقوق الله المحضة؛ ففيه تفصيل: بين ما يستدام فيه التّحريم وغيره. فالأوّل تجب المبادرة فيه إلى الرّفع؛ في أوّل الأزمنة الممكنة؛ ومتى أ خّر الرفع في ذلك؛ كان التّأخير جرحة في شهادته لتركه الواجب. ومثاله أن يعلم تطليق الرّجل امرأته ثلاثا؛ ثم يجحدها ويستمرّ على وطئها. أو أن يرى وقفا على مسجد؛ بيد من يتصرّف فيه بغير حقّ. والثّاني مخيّر في الرّفع فيه. كما لو رأى رجلا يزنى بامرأة مرّة من الدّهر؛ فالرّفع قبل الطلب لا يقدح، لأنّه من تغيير المنكر. وترك الرّفع لا يقدح، لأنّه ينقضي في الحال، ولا يستدام فيه التحريم، بل التّرك أولى للسّتر. وما ذكرناه من بطلان الشّهادة، بالمبادرة إلى الرّفع قبل السؤال، في حقّ الآدمي المحض هو ما في المختصر. وقال المحقّق ابن مرزوق في شرحه له: لم أره منصوصا على هذا الوجه، إلاّ لابن الحاجب وابن شاس. وحكاه المازري عن الشّافعيّة. والذي تقتضيه نصوص المذهب خلاف ذلك. وأنّه إن رفعها قبل الطلب لم يقدح ذلك فيها، بل إن لم يكن فعلا مندوبا فلا أقل من أن لا تُردّ. وإنّما اختلفوا إذا رأى حقّا لآدمي، يتصرّف فيه غير مالكه، وسكت ولم يرفع ذلك، هل يكون ذلك جرحة فيه مطلقا، أو في تلك الشّهادة خاصة، أو لا يكون جرحة، وما ذكرناه من أنّ نصوص المذهب تقتضي أنّ الرّفع قبل الطّلب لا يقدح، هو مقتضى ما أخرجه مالك في الموطأ ومُسلم؛ من حديث زيد بن خالد الجهنّي "أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم قال : ألا أخبركم بخير الشّهداء. الذي يأتي بشهادته

قبل أن يُسألها" قال الباجي[325]: قال مالك في المجموعة وغيرها معنى الحديث: أن يكون عند الشّاهد شهادة لرجل لا يعلم بها، فيخبره بها ويؤدّيها له عند الحاكم. اهـ. فظاهر قوله "ويؤدّيها له عند الحاكم" أعمّ من أن يكون بعد طلبه بذلك أم لا. ومثل هذا التّفسير، مقلّ في الأحكام. وزاد: وقيل يحتمل أن يكون فيما لا يختصّ بحقوق آدمي، ويكون من حقوق الله، التي لا ينبغي السّكوت عليها. قال ابن مرزوق: والأصل العموم؛ لأنّ في الجميع تغيير المنكر. إذ ترك الإنكار على من يتصرّف في مال الغير بغير حقّ؛ مع القدرة على دفعه بالشّهادة عليه، تمكين من المعصية وهو لا يحلّ. وإذا كان إعلامه ربّها قبل الطلب، لا يعدّ حرصا على الشّهادة، فكذا إعلامه الحاكم قبل الطلب. بل إعلامه الحاكم قبل طلب صاحبها أولى، لقدرة الحاكم على إيقاف الشّيء المشهود فيه سريعا؛ إن كان يستحقّ الإيقاف، وقام صاحب الحقّ به، ويحال بينه وبين من هو في يده سريعا، فيحصل الغرض من التّغيير. ولا يخالف ما ذكر، قول الباجي "يحتمل أن يكون المعني إذا سألها بادر لأدائها" ولم يحتج إلى تكرير السؤال. لا أنّه يأتي الحاكم بها قبل سؤاله. لأنّه لا يسمعها منه إن لم يقم صاحب الحقّ بها. اهـ. لأنّه لم ينف سماع الحاكم إيّاها بالإطلاق، بل قال "إن لم يقم صاحب الحق بها" ومفهومه : أنّه إن قام بعد أدائه إياها، وبعد أن قام صاحب الحق، وأدّى الشّاهد ولم يسأله ذلك صاحب الحق —أنّه يسمعها. وإنّما لم يسمعها الحاكم إن لم يقم صاحب الحقّ، لأنّ الحاكم لا يتولّى إثبات الحقّ لصاحبه. ولا يُمكّن من ذلك أحدا إلاّ بإذنه. ثم عدم سماع الحاكم إياها، لا يدلّ على إبطالها إن قام بها صاحب الحقّ بعد ذلك. وهذا هو محلّ النزاع. وبالجملة لم أر نصّا على أنّها تبطل، برفعها للحاكم قبل طلبه بها،

---

[325] هو القاضي أبو الوليد الباجي سليمان بن خلف التّميمي.له مناظرات مع ابن حزم. ألّف نحو الثلاثين تأليفا؛ من أشهرها وأحسنها: المنتقى. مولده سنة 403 وتوفي سنة 474.

إلاّ لمن ذكرت. ثم ساق نصوصا من ابن يونس والمجموعة العتبيّة. تقتضي الاختلاف في التّجريح، بترك الرّفع في حقوق الآدميين. استوعبه صاحب الإكمال في قوله: "اختلف مذهبنا في تجريحه، بسكوته على الشّهادة بحقوق الآدميين وترك رفعها، وهو يرى حقوقهم بيد غيرهم، وصاحب الحقّ حاضر غير عالم. فذكر بعضهم أنّ ابن القاسم يرى ذلك جرحة مطلقا، ورأى بعضهم أنّ ذلك جرحة في الشّهادة نفسها، لا في الشّاهد. وقيل إنّما تكون جرحة، إذا رأى صاحب الحقّ صالح عن حقّه، واضطرّ إلى شهادته ولم يعرّفه بها حتى بطل حقه. وأمّا بمجرّد سكوته فلا. إذ لعلّه لا يطلبه، أو وهبه أو باعه لمن هو في يده. وأمّا سحنون ومن وافقه، فيرى القيام بالشّهادة، وإن طال حوزها على الشّاهد. إلاّ فيما كان من حقّ الله. "اهـ. ونقل كلام الإكمال، الأبّي في شرح مسلم في الجزء الخامس صفحة 24 وعقّبه بقول القرطبي "قوله جرحة في الشّهادة لا في الشّاهد ليس بشيء. لأنّ موجب جرحته فسقه لعدم رفعه، والفسق مانع بالإطلاق" قال الأبّي: ولو تحمّل إنسان شهادة ثم طلب بأدائها، فقال "لا أعرّض بنفسي. إذ لعلّ القاضي لا يقبلني، أو لعلّي لا أزكّى" فكان الشّيخ (يعني ابن عرفة) يقول: إن تحمّلها اختيارا فلا حجّة له بذلك، وإن لم يتحمّلها اختيارا فهو في سعة. اهـ. انظر صفحة 25 من الجزء الخامس من شرح الأبّي، الطبعة المصريّة.

والحرص على قبول شهادته، كمخاصمة المشهود عليه حال أداء الشّهادة عليه؛ سواء أكانت الشهادة بحقّ الله أو بحق الآدمي. وكشهادته وحلفه أنّ ما شهد به حقّ، في حقّ الله أو في حقّ الآدمي. وعلّل المازري القدح في هذه الشّهادة؛ بكون اليمين كالعلم على التعصّب والحميّة وشدّة الحرص على إنقاذها. واستثنى ابن عبد السّلام ممّن يقدح في شهادته لأجل حلفه العوام، فإنّهم يتسامحون في ذلك فينبغي أن يعذروا. قال ابن مرزوق وحديث الصحيحين "ثم يأتي قوم تسبق شهادة أحدهم يمينه، ويمينه

شهادته" يدلّ على إبطال الشّهادة المقترنة باليمين، لأنّه في معرض الذمّ لمن يأتي في آخر الزمان" . اهـ.

وليس من الحرص الموجب للردّ، الحرص على التحمّل. كشهادة المختفي بغير قادح. وفي كافي ابن عبد البر: لا ينبغي لأحد دعي إلى الاستتار بالشّهادة؛ أن يجيب إليه إلاّ أن يضطر. فإن ابتلي بذلك، فلا يشهد حتى يستوفي آخر الكلام من المقرّ وأوله، ويشهد للذي دعاه عليه. وإن كان المقرّ ضعيفًا أو مخدوعًا أو مروّعًا؛ لم تقبل شهادتهم عليه. وعليه اليمين أنّه ما كان إقراره إلاّ لبعض ما ذكرناه، وإن لم يكن ذلك ثبت عليه الحق. لأنّ من النّاس من يُقرّ في الخلاء ولا يقرّ في الملأ، ومن عرف ذلك منه؛ جاز أن يستتر له ليسمع إقراره. اهـ. قال الشيخ عمر الفاسي: الشّهادة على المقرّ من غير إشهاد، يلزم أن يقيّد بغير من يخشى أن يخدع لضعفه وجهله، في شهادة الاختفاء. وبغير المتوسّط بين إثنين؛ فلا تقبل بدون إشهاد. اهـ. وقد نقل في المسائل الملقوطة، عن الكافي والمنتقى: "أنّ شهادة المتوسّط، الذي يدخل بين إثنين بالصّلح، لا يجوز، وإن استوعب كلامهما" . اهـ. ومثله في الزّرقاني؛ معلّلا بأنّها تشبه الشّهادة على فعل نفسه. وسلّمه بنّاني. لكن قال الرّهوني: "الظاهر أنّ شهادة المصلح، كشهادة الخاطب. فيكون فيها ثلاثة أقوال، ويكون الصواب جوازها" . اهـ. قال مهدي في حاشيته على شرح التّحفة للتّاودي: وهذا الاستظهار مخالف للمنصوص كما ترى. لأنّه لم يؤيّده بنص. قلت: وهو قصور. ففي الحدود في الزّنى من المدوّنة؛ قيل له رجلان تنازعا في أمر، فأدخل بينهما رجلين على أن لا يشهدا بما سمعا منهما فيقرّان، ثم يفترقان ويتجاحدان. قال فليعذر الشّاهدان إليهما ولا يعجّلا؛ فإن تماديا على الجحد؛ فليشهدا عليهما. قال ابن ناجي في كبيره: مثل ذلك أن يقول أحدهما "لك عليّ كذا" ويقول الآخر "لك أنت أيضا كذا" ثم يتجاحدان. واستشكل ابن ناجي جوازها: بأنّ كلّ

واحد منهما، يقول "ما شهدا لي به حقّ، وما شهدا به عليّ باطل" فكان كلّ واحد منهما مكذّبا لهذه البيّنة، فلا تصحّ شهادتهما لهما. وقال عبد الحق[326]: "الصواب قول عبد الملك ورواية ابن نافع: أنّهما لا يشهدان عملا بشرطهما. وكان شيخنا البرزلي، نصب نفسه للصّلح بين الناس بتونس. فكان يصلح بينهم ولا يشهد. عملا بقول عبد الملك. لأنّه إذا شهد نفر النّاس عنه. فكان يشترط أن لا يشهد بما يسمعه منهما. فانتفع النّاس به كثيرًا في مسائلهم الصغار والكبار". اهـ. وقال ابن مرزوق في شرح المختصر: قال اللّخمي: اختلف إن جلسا للمحاسبة، وأجلسا معهما رجلين، على أن لا يشهدا بينهما. هل يشهدان وأن تجوز شهادتهما في كلّ هذا أصوب. وليس هذه بشهادة سماع. ولا يحتاج في هذا إلى إذن. اهـ. فكلام المدوّنة واللّخمي، صريح فيما استظهره الرهوني. قال الشريف في حواشي الزقاقيّة: وقد اتّفق لي وقوع هذه النّازلة سنة 1225 وذلك أنّ رجلين من أهل السّاحل، تنازعا في أثاث مخلّف عن امرأة، هي زوجة لأحدهما وأخت للآخر، وادّعى كل واحد منهما على الآخر بأشياء من أثاثها المخلّف عنها، فندبتهما للرّجوع إلى الحقّ، والإقرار بما في قبل كلّ واحد؛ واشترطت لهما عدم الإشهاد بما يعترفان به ترغيبا في رجوعهما إلى الحقّ. فاعترف كلّ واحد منهما بما في قبله. ثم أنّهما تناكرا، وترافعا إلى الشيخ المفتي أبي عبد الله محمد المحجوب[327]، فأرسل إليّ؛ وطلب منّي الشّهادة بما في علمي، ممّا سمعته منهما، فقلت له إنّي قد اشترطت لهما عدم الشّهادة فأرسلهما إليّ لنصالح بينهما؛ فندبتهما

[326] هو عبد الحقّ بن محمد بن هارون السّهمي القرشي الصقليّ. تفقّه بشيوخ القيروان كأبي عمران الفاسي وأبي بكر ابن عبد الرحمن؛ وبشيوخ صقليّة. وحجّ ولقي القاضي عبد الوهاب. ومن أشهر كتبه النّكت والفروق لمسائل المدوّنة. وله الاستدراكات على تهذيب البراذعي. توفي بالإسكندرية سنة 466.

[327] هو محمد بن قاسم المحجوب المساكني التّونسي. كان حافظا للمذهب. تقدّم للفتيا مع أبيه ثم تولّى رئاسة المفتين. أخذ عن والده والشّحمي والغرياني وغيرهم. وتوفي سنة 1243.

للصّلح فامتنعا، فوعظتهما وذكّرت كلاّ بما سمعت منه. فلم تنجح الموعظة فيهما. فعند ذلك أدّيت شهادتي بعد طلبها منّي،وأنهيتها للشيخ المذكور فصالح بينهما. اهـ.

المانع السّادس: -الاستبعاد. والأصل فيه؛ حديث:"لا تجوز شهادة بدويّ على صاحب قرية". وقد أخرجه أبو داود، من حديث أبي هريرة. وقال النّسائي في هذا الحديث: ليس بالقويّ، ومحمله على ما يستبعد ويستراب. ففي رسم القبلة من سماع ابن القاسم في شهادة البدويّ ما نصّه: أما في الحقوق فإنّي لا أراها جائزة، وذلك أنّ النّاس لا يتركون العدول. والذي يُشهد بدويّا ويترك جيرانه من أهل الحضر، عندي مريب. وأمّا الجراح، فإنّي أرى إذا كان البدوي عدلا أن تجوز شهادته. ابن رشد: هذا فيما يقصد إلى شهادتهم دون أهل الحاضرة؛ فيما يقع في الحاضرة، من البياعات والمناكحات والهبات وما أشبه ذلك. لأنّ القصد إلى شهادتهم دون أهل الحاضرة ريبة. فلا شهادة للبدويّ في الحضر على حضريّ، ولا على بدويّ لحضريّ ولا لبدويّ؛ إلاّ في الجراح والقتل والزّنى وما أشبه ذلك. ممّا لا يقصد إلى الإشهاد. وتجوز شهادتهم فيما في البادية من ذلك كلّه، على الحضريّ والبدويّ. إذا كانوا عدولا؛ إذ لا ريبة في القصد إلى شهادتهم في البادية. هذا تحصيل القول في هذه المسألة، على معنى هذه الرّواية. اهـ. ونقله في المجالس المكناسيّة. ونقل صاحب الدّرر المكنونة أنّ أبا الفضل قاسم العقباني، سئل عن رجل متردّد إلى البادية، له فيها ضيعة، يكثر التردّد إليها، ويسكن هنالك بأهله أحيانا مات؛ فادّعى خاله الذي هو من أهل ذلك الموضع، أنّ الميت أوصى له؛ وشهد بذلك ناس من أهل ذلك الموضع، فهل تعمل شهادتهم أم لا؛ لأنّهم من أهل البادية. فأجاب: الشّهادة في مسألتك، من البدويّن عاملة؛ لما كان هذا المشهد كثير التردّد إلى البادية؛ وينقطع فيها بعض أحيان ويسكن، إذ لا يستبعد في مثل هذا أن يقع إشهادهُ في البادية. قاله ابن القاسم عن مالك في كتاب

ابن الموّاز. ويحمل الخبر الوارد في هذا، على ما يستبعد ويستراب، كالحضري يُشهد في حاضرته البادين، ويترك جيرانه من الحضر. اهـ. وللاستبعاد لا تقبل الشّهادات الاسترعائيّة من اللّفيف، فيما جرت العادة أن يقصد فيه العدول المنتصبون للإشهاد للتوثّق. فإذا ادّعى إنسان على شريكه في أرض مشاعة بينهما، أنّه وقعت القسمة بينهما وتعيّن لهذا المدّعي مقسم منها عيّن حدوده، وأدلى بشهادة استرعائيّة من اللّفيف في ذلك، لم تقبل. ومثل ذلك ادّعاء المغارسة أو البيع أو الصّدقة بعقّار، لا تقبل فيه الشّهادة الاسترعائيّة، لأنّ النّاس يقصدون في معاملاتهم، العدول المنتصبين. فإشهاد غيرهم مع التمكّن من إشهادهم مستبعد. واستبعاد الشّهادة، موجب لسقوطها. ونقل عظوم في برنامجه في الورقة الثّانية من مبحث الشّهادات: أنّ جدّه قال في كتاب مواهب العرفان في بيان مقتضى حال حكّام الزمان: أفتى الشيوخ أبو محمد عبد الله البحيري[328] وأبو العبّاس أحمد القلشاني وأبو عبد الله محمّد الزّنديوي[329] بمنع قبول شهادة العامّة، في الأمور التي جرت العادة بالاعتناء بشهادة العدول فيها؛ كالمعاوضات في الرّبع والنّكاح ونحو ذلك؛ في بلد يكون فيه العدول منتصبين لذلك. وذلك تهمة وظنّة؛ تمنع التّعويل على شهادتهم في ذلك؛ مع التمكّن من إشهاد العدول المنتصبين. وكذلك الخروج من الحاضرة؛ إلى إشهاد أهل القرى. اهـ. ومن الردّ بالاستبعاد عدم قبول شهادة السؤّال إلاّ في التّافه اليسير. لحصول الرّيبة في استشهاد الفقراء، دون من عرف بالشّهادة. فإنّ الناس غالبا إنّما يقصدون بوثائقهم المعتبرة أعيان الشّهود. ولهذا تقبل شهادة الفقراء فيما لم يقصد بالإشهاد فيه. كما لو قال السّائل " مررت بهما

---

[328] الذي في كتب التّراجم: أبو عبد الله محمد البحيري التّونسي. قاضي الأنكحة بتونس. أخذ عن البرزلي وغيره. وتوفي سنة 858.

[329] هو محمد بن محمد بن عيسى العقدي الزنديوي التّونسي. من أصحاب ابن عرفة. تولّى قضاء الأنكحة بتونس. وتوفي سنة 874.

وهما يتنازعان؛ فأقرّ فلان لفلان بكذا" فشهادة السؤّال تردُّ في الشّهادة الأصليّة، وهي شهادة التحمّل للاستبعاد؛ بإشهاد من لا يقصد في غالب العادة. بخلاف الاسترعاء. قال في أوّل الشّهادات من المدوّنة : ولا تجوز شهادة السؤّال إلاّ في التّافه اليسير؛ فتجوز إذا كان عدلا. قال ابن ناجي: يريد إذا كان يسأل لنفسه وأما إن كان لغيره فيقبل. وظاهر لفظ "السؤّال" يقتضي التّكرار؛ بحيث يصير عادتهم. وأمّا من فعل ذلك لعارض فلا يقدح في شهادته. وهو كذلك، قاله أبو حازم. وظاهرها: وإن كانوا يطلبون الزّكاة. وبذلك حكم الشيخ أبو إسحاق ابن عبد الرفيع بتونس على ما بلغني. وهو الذي كان شيخنا حفظه الله تعالى، يحمل عليه قولها، ويذكر أنّه المنصوص للمتقدّمين. ولم يرتض قول المغربي: لا يدخل هنا سؤالهم الزّكاة إذا كان مستحقّها، لأنّه أخذ ما وجب له. ووقعت بالقيروان في حال صغري، في أيّام شيخنا أبي عبد الله الشّبيبي[330]، فوقعت الفتوى والحكم بما قال. ونظمه صاحب العمل العام فقال:

كذلك الذي الزّكاة يسأل ❁ ولو فقيرا وعليه حمّلوا

قول الإمام وبه قد حكما ❁ بتونس والقيروان العلما

المبحث الثاني في تقسيم الشّهادات إلى أصليّة واسترعائيّة وما يلزم في كلّ منهما:

قال المحقّق التاودي: التّوثيق بأصله ينقسم إلى قسمين: أصل واسترعاء، فالأصل: ما يمليه المشهود عليه على الشّاهد، كإشهاد المتعاقدين بالبيع أو النّكاح أو

[330] هو أبو محمد عبد الله بن محمد بن يوسف البلوي الشّبيبي القيرواني. أخذ عنه البرزلي وابن ناجي والزّغبي والمسراتي. توفي بالقيروان سنة 782.

غيرهما. والاسترعاء: شهادة الشاهد بما في علمه؛ من عسر أو يسر أو حريّة أو ملك أو غير ذلك. وكيفيّة وثيقته: يشهد من يضع اسمه عقدا عقب تاريخه بمعرفة فلان، وأنّه رشيد مثلا إن كانوا عدولا. أو شهوده الموضوعة أسماؤهم عقب تاريخه، يعرفون فلان ابن فلان، اسمًا وعينًا ونسبًا إن كان غير عدل، ويشهدون بأنّه أقرّ لديهم، أو بحضرتهم. ولابدّ في الاسترعاء، من قول الشهود: أقرّ لدينا، أو باع بحضرتنا، أو أقرّ عندنا بالبيع وقبض المبيع. فإن سقط من الوثيقة لفظ لدينا، أو بحضرتنا، أو قبض المبيع، في البيع، لم تعمل الشهادة، حتى يبيّنوا ذلك. فإن تعذّر استفسارهم بأن غابوا، أو ماتوا سقطت. كما تسقط، إذا لم يتعرّضوا لمعرفة، ولا تعريف ولا صفة وتعذّر أداؤهم على عينه، ولم يكونوا من أهل الضّبط والتحفّظ، وإلاّ قبلت. قاله التّسولي عند قول التحفة "ويشهد الشّاهد بالإقرار" البيتين.

والأصل أن لا يشهد الشّاهد إلاّ على من يعرف. فإن لم يعرف المشهد؛ اعتمد في التّعريف به، على المعرّف العاقل[331] الذي لم يُؤْت به لهذا الغرض؛ بل كان حضوره اتفاقيّا. وإذا حصل العلم ولو بامرأة، اكتُفي بذلك. لأنّ خبر الواحد، قد تقترن به قرينة فيفيد العلم. وفي نوازل ابن الحاج عن ابن شعبان: يجوز قبول المعرّف الواحد، بالمرأة المشهود عليها، وإن لم يكن عدلا. فإن لم يجد الشّاهد ذلك، فإنّه يعتمد على صفات المشهود عليه. قال ابن ناجي في شهادات كبيرة: الأصل أن لا يشهد الشاهد، إلاّ على من يعرف، إلاّ لضرورة. وروى ابن نافع: أنّه لا يشهد على امرأة، إلاّ أن يشهد عنده عدلان أنّها فلانة. قال ابن القاسم: هذا باطل ولا يشهد عليها. ابن الماجشون: بل قول ابن القاسم هو الباطل، وكيف يعرف النّساء إلاّ بمثل

[331] ينبغي الجزم بأنّ ورقة التّعريف اليوم؛ يكتفي بها في التّعريف. لأنّ الظنّ النّاشئ عنها؛ أقوى من الظّن النّاشئ عن تعريف امرأة أو صبي غير مجلوب للتّعريف. إذ بها صورة الإنسان ووصفه وإمضاء المكلّف بذلك؛ وطابع الإدارة وغير ذلك ممّا يحقق هويّة الشّخص.

هذا. الشّيخ ابن ناجي: جرى العمل بإفريقيّة، بالاكتفاء بمطلق معرفة؛ ولو حتّى من الصّبي، ما لم تكن ريبة. ويقال في التعريف به "وعُرّف به"[332] وأمّا إن قال "وعرّف به فلان"[333] فالعمل على بطلانها، لأنّها كالنّقل عمّن عرفه. فإن لم يجد من يعرفه؛ فليكتب نعته وصفته. وقال بعضهم: يكتب اسمه وقريته ومسكنه ويجتزي بذلك. وضُعّف، لأنّه قد يتسمّى الرّجل بغير اسمه، وغير مسكنه وغير موضعه. وما ذكرناه من العمل، يقتضي أنّه لا يقبل قول المشهود عليه بالتّعريف، أنّه لم يشهد عليه. هذا الذي كنت أفهمه. ووقعت في أحكامي ببلد القيروان، وعملت على ذلك، وسجنت الغريم. فأوقفني بعض أصحابنا، على فتوى شيخنا أبي يعقوب يوسف الزغبي، بأنّه لا عمل على ذلك، إلاّ أن يعرف الشهود من عرف به، فتكون من باب النّقل عنه. وبه العمل عندنا بتونس فأطلقته. اهـ.

وإذا تكرّر التّعريف بالمشهد مرّة بعد أخرى، في شهادات عليه متعدّدة، أم يحتج الموثّق إلى ذكر المعرّفين. وعبّر عن ذلك بتقرّر التّعريف. فلو أكذب المعرّف الشّاهد في التعريف، وقال لم أعرفه بالمشهود عليه، احتمل أن يعوّل على قول الشّاهد، لأنّه من الحقوق، ومن تمام الحقّ المشهود به ومن وسيلته فهو مشهود عليه به، كما أنّ أصل الحقّ مشهود به على المطلوب. واحتمل أن يبطل التعريف. ويؤدّي إلى بطلان الشهادة بأصل الحقّ. كما إذا كذّب الأصل الفرع في باب النّقل، وهو الظّاهر إذا عيّن الشّاهد المعرّف بخلاف تقرّر التعريف. قال عظوم في برنامج الشّوارد: لم أقف على نصّ فيها، إلاّ ما يقتضيه ظاهر كلام الزغبي، حيث جعله من باب النّقل. فعليه تكذيبه إبطال على أصل النّقل، إذ تكذيب الأصل الفرع، مبطل له. اهـ.

---

[332] بالبناء لنائب الفاعل.

[333] بالبناء للفاعل.

ولا يسأل القاضي الشّاهد، عمّن عرّفه بالمشهود عليه. فإن سأله فلا يعينه وسؤاله عنه جهل من القضاة. فإن عيّن شخصه بطلت، لأنّها صارت كالنّقل. وإن عيّن جنسه. ففي أجوبة ابن رشد: أنّ الشّاهد إذا قطع بمعرفة المشهود عليها، ثم بعد ذلك قال إنّه لم يعرّفها. وإنّما عيّنها له حين الإشهاد عليها، امرأة وثق بها أنّ الشّهادة عاملة؛ إذا كان هو الذي ابتدأ بسؤال المرأة المعرّفة؛ لأنّ ذلك من باب الخبر. اهـ. قال التّسولي: فيفهم منه أن تعيّن الجنس غير مضرّ.

وينبغي أن يتنبّه إلى أنّ الشّهادة الأصليّة لا يحتجّ بها؛ إلاّ فيما سيق للإشهاد؛ من تعمير ذمّة أو عقد بيع أو نكاح مثلا، وأما ما يؤتى فيه من خبر أو حكاية؛ لم تتضمّنه معرفة الشهود؛ فلا يثبت بثبوت الوثيقة، إلاّ أن يزيده الشّهود عند شهادتهم؛ أو يشهد بذلك غيرهم. قاله الونشريسي في الفائق. فإذا عقد في الوثيقة: بعد أن استقرّ على ملك فلان بن فلان الفلاني جميع الدّار الفلانية. وكان استقرار ذلك على ملكه؛ بالشّراء من فلان الفلاني ؛ أو بالإرث من فلان بن فلان؛ واستمرّ ملكه لها إلى أن توفّي فورثه زوجه فلانة؛ وولداه منها فلان وفلان وأمّه فلانة؛ وصار مناب فلانة لفلان بهبة أو مخارجة أو غير ذلك. وبعد كون ذلك كذلك؛ حضر لدى شهيديه فلان؛ واشترى من بقيّة ورثة أبيه وهم فلان وفلان؛ جميع الدّار المحدودة المذكورة؛ بثمن قدره كذا الخ. إلى قوله: شهد عليهم بذلك؛ بحال صحّة وطوع وجواز. وعرّفهم؛ أو عرّف بهم؛ " في تاريخ كذا. فلا يحتج بهذه الوثيقة في النّسب. ولا في عدّة الورثة ولا الهبة ولا المخارجة. ولا يحتج بها إلاّ في خصوص البيع. إلاّ أن يضمن الشّهود شهادتهم بذلك، كأن يقولوا: صار المبيع للبائع بالابتياع من فلان بشهادة شهيديه. فتعمل الشّهادة فيما حكوا شهادتهم فيه. فلو قالوا: صار المبيع للبائع بالابتياع من فلان، حسبما ذلك برسم وقف عليه شهيداه يتضمّن كذا. أو صار له بالإرث من

فلان، حسبما ذلك بوثيقة استرعائيّة تامّة الموجب، من رفع وطبع وتزكية وكتب عمل. فإن استوفى شهود الوثيقة، أسماء الشّهود في الصّورة الأولى، ولم يتركوا شيئا يؤثر في صحّة العقد، وسمّوا في الصّورة الثّانية شهود الوراثة ومزكّيهم، وعيّنوا الآذن فيها، احتجّ بهذه الوثيقة، فيما تضمّنته من الابتياع أو الوراثة، وقام ذلك مقام أعيان الوثائق التي تضمّنت تلك الشّهادات، بناء على ما جرى به العمل التّونسي، من أنّ معاينة الرّسوم مفيدة يعمل بها. كما نقله صاحب الأجوبة العظوميّة عن الشيخ أبي النّور الأربسي أحد مفتي تونس في عهد أبي عثمان الحفصي. ومسألة معاينة الرّسوم، (ويعبّر عنها بشهادة الوقوف أيضا. ومعناها أنّ الرّسوم إذا ضاعت وفنيت، بعد أن عاينها الشّهود وعرفوا خطوطها وحفظوا ما فيها) اختلف هل يحكم بها، أو أنّ الرفع على خطوطها لا يفيد مع غيبتها. وإنّما ينفع مع حضورها، والشّهادة على عينها. وجرى العمل الفاسي، بأنّ معاينة الرّسوم لا تفيد مع ضياعها. قال أبو زيد الفاسي:

وعدم الحكم بما قد عوينا ❁ من الرّسوم وتلاشى بفنا

وعملنا بتونس، موافق لما أفتى به أبو الحسن، لمّا سئل عن شهيدين نظرا وثيقة، وحفظا مضمنها وعرفا خطّها، وعدالة صاحب الخطّ وضاع الرّسم، هل يعمل بشهادتهما، وتكون إحياء له أو لا. فأجاب أنّه يعمل بها، إذ لا فرق بينه وبين رفعهما على خطّها، مع جهل القاضي به. قال في المعيار: وفي ابن عرفة والمتّيطي ما يناقض هذه الفتوى، وهو الصّحيح الذي لا يلتفت إلى غيره. اهـ. وفي نوازل الوديعة من المعيار: سئل ابن عرفة عمّن أودع رجلا وثائق أشرية؛ فضاعت. فأجاب لا ضمان عليه، فإن طالبه صاحب الوثائق بما فيها. إن تحقّق الملك جاز أن يشهد عليه، وإن لم يتحقّقه وتحقّق شهود الوثيقة وخطوطهم. فكان شيخنا ابن عبد السّلام رحمه الله لا يجيز الشّهادة على الخطّ، لأنّه يفتقر إلى حضوره، ليقع الإعذار على عينه. وهو غير

موجود، يعني أنّه مجهول العين، فلابدّ من حضوره لتقع الشّهادة على عينه. وقبل ابن عرفة هذا الكلام. وفي نوازل الشّهادات منه: كان ابن عرفة ينقل عن شيخه ابن عبد السّلام، أنّ من شرط الشّهادة على الخطّ، حضوره، لتقام الشّهادة على عينه، كالشّخص المجهول إذا شهد على عينه. فقول الشهود في وثائقهم "وقف على رسم يقتضي كذا" لا يعوّل عليه، لأنّه كالشّهادة على مجهول مقصود معرفة عينه. اهـ. ومثله في البرزلي عن الشيخين ابن عبد السّلام وابن عرفة، قال: وكان غيرهما من الأشياخ لا يتفطّن لهذا ويرى أنّه محصّل لترجيح الملك. وكان التّنبيه على "أنّ فلانًا وصيي" ونحو ذلك. وإذا أريد إثبات ذلك من غير إشكال؛ فيشهدون على القاضي بإثبات ذلك، فتكون شهادتهم على حكم القاضي. اهـ. وكتب عليه الشّيخ أبو النّور الأربسي ما نصّه : رأيت في بعض وثائق المتّيطي بآخر النّسخة الكبرى من تآليفه، جواز الشّهادة على الخّط مع غيبته ولم يجلبه إلاّ كأنّه المذهب. وقوله "وكذلك التّنبيه على أنّ فلانًا وصيي ونحو ذلك" يريد إذا قالوا: وبالوقوف على رسم الإيصاء أو ما يقتضي الإيصاء وما أشبهه. والعمل اليوم مستمرّ بتونس، على إعمال شهادة الوقوف، وهو قول الأكثرين من الأشياخ. وما اختاره ابن عبد السّلام وابن عرفة. جرى العمل بخلافه. ورأيت جوابًا لبعض الشّيوخ الحفّاظ؛ بإعمال شهادة الوقوف ونزلت، ووقع التّنازع فيها؛ حتى أعتقد كثير منهم أنّ المنع هو المذهب. وليس يوجد لغير الشّيخ ابن زيتون[334]، معتقدا صحّة ما أشار إليه؛ من أنّ شرط الشّهادة على الخطّ حضوره. وقد تقدّم عن المتّيطي خلافه ولم يحك غيره كأنّه المذهب. وهو الحجّة. اهـ. وأفتى عظوم بمقتضاه. واستمرّ به العمل إلى يومنا هذا.

[334] هو أبو القاسم بن أبي بكر بن مسافر اليمني التّونسي؛ ويقال أبو أحمد؛ المعروف بابن زيتون. تفقّه بأبي عبد الله السّوسي الرّعيني وأبي القاسم ابن البرّاء. وتولّى قضاء الجماعة بتونس مرّتين. مولده سنة 621 وتوفي سنة 691.

وقول الموثّق في الشّهادة الأصليّة "شهد عليهما بذلك وهما بحال صحّة وطوع وجواز" أمر يدلّ على الصحّة والطوع ولا يكون حجة في الانطلاق من الولاية. قال في شرح التّلقين: إنّ الفتوى بترك الاعتداد بما يقوله الموثّقون "شهد عليهما طوعا في صحّة عقولهما وجواز أمرهما" وأنّ ذلك لا يكون ترشيدًا لمن وصف بأنّه جائز الأمر؛ لكونهم لم يقصدوا الشّهادة به. ولو قصدوا إلى الشّهادة بذلك لم يحل لهم أن يشهدوا؛ حتى يختبروا من وصف بذلك ويعلموا رشده. ولهذا يقولون؛ إذا أرادوا ذلك "وعلم بكون فلان وفلان رشيدين لا ولاية عليهما" . اهـ. قال التّاودي في شرح الزّقاقيّة؛ بعد أن نقل كلام شرح التّلقين؛ وما وافقه من كلام ابن فتحون والمتيّطي: فعلم من هذه التقوّل أنّ عدم الكفاية؛ إنّما هو في الانطلاق من الولاية؛ وأمّا بالعقل والطّوع ممّا يخفى؛ فلا يشهد عليه بأنّه في حال عقل وطوع؛ وهو بخلاف ذلك إلاّ زورا. وقولهم "بحال كمال" يشمل العقل والطوع والرّشد. فينبغي أن يعتبر في الأوّلين دون الثّالث، إلاّ مع التّصريح به. اهـ وإلى هذا الفرع والذي قبله أشار الزّقّاق بقوله:

ولا يشمل الإشهاد بالحكم مسندا ❁ لزيد على عمرو سواه من الحـلا
ومـا سيـق للتّقييد كابن محمـد ❁ وطوع جواز ذا الصّحيح به أعملا

وينبغي أن يتنبّه الحاكم، إلى أنّ الشهادات الأصليّة في التبرّعات، يلزم تصريح الموثّق فيها بالإشهاد وإلاّ كانت ملغاة. فالصّواب أن يقول الموثّق "أشهد فلان أنه وهب، أو تصدّق" وإذا قال في فاتحة الوثيقة "وهب فلان أو تصدّق، أو وكّل" يلزم أن يقول في آخرها "وشهد على إشهاده بذلك"، نبّه عليه الشيخ التّسولي في شرح التّحفة.

ويلزم في البيّنات الاسترعائية؛ بيان مستند العلم في الشّهادة، فإن أهمل ذلك لم يصحّ القضاء بها؛ حتى يبيّن مستند العلم. فإن تعذّر البيان لموت الشهود؛ بطلت تلك البيّنة.

ويلزم في بيّنة الإراثة أن يذكر الشهود، انحصار إرث المتوفّى في الأشخاص الذين يعيّنونهم؛ في علمهم؛ وأن يذكروا عدم علمهم بوارث سواهم. ففي مختصر المتيطيّة: ولابدّ أن تقول "وأحاط بميراثه في علمهم" فإن أسقطت "في علمهم" لم تصحّ الشّهادة؛ لإمكان أن يكون له وارث لم يعلمه الشّهود. ولا تكون الشّهادة في ذلك على البتّ. وهو قول مالك وبه الحكم. وقال في باب التّدبير من المختصر المذكور: الشهادة في عدد الورثة على العلم. وهو قول مالك وابن القاسم وبه الحكم. اهـ. انظر شرح العمليّات العامّة صفحة 459.

ومن هنا لا يقع التّعارض بين بيّنتي وفاة؛ تشهد إحداهما بعدد من الورثة؛ وتشهد الأخرى بعدد زائد. أو تشهد إحداهما بأنّ العاصب له بيت المال؛ وتشهد الأخرى بأنّ العاصب له ابن عمّه فلان. إذ لا منافاة بين العلم بالشّيء من شخص وعدم العلم به من آخر. فيعمل حينئذ؛ بالبيّنة الشّاهدة بالعدد الزّائد، والبيّنة الشّاهدة بأنّ العاصب له ابن عمّه فلان، لكن يلزم في البيّنة الشّاهدة بتعصيب ابن العمّ، أن تذكر الجدّ الجامع، وإلاّ كانت الشّهادة بالتّعصيب ملغاة. قال البرزلي: العمل اليوم أن لابدّ من ذكر الجدّ الجامع الذي يجتمعان فيه وإلاّ فلا تصحّ. وقال حلولو في اختصار نوازل البرزلي: إذ شهد أنّه شقيق فلان، فذلك يستلزم أنّهما ابنا رجل واحد ولو لم يذكره. ولا يدخلهما الخلاف، إذا لم يرفعهما الشّاهد إلى جد معيّن. اهـ. وفي العمليّات الفاسيّة

لابدّ من معرفة القعدد في ❁ إرث وإلاّ فبشكّ ينتفي

وفي نوازل العلمي[335] عن الشيخ ميارة: لا يشترط بيان القعدد، إلاّ في منازعة الأقرباء فيما بينهم لا مع بيت المال. ونقل التّسولي في حواشي الزّقاقيّة صفيحة 90: أنّه وقف على جواب للتّاودي نصّه: تحرير المسألة ومحصلها، على ما تفيده أجوبة المحقّقين، وكلام أصحاب النّوازل، أنّه إذا لم يكن هناك وارث يدّعي ذلك إلاّ مقيم البيّنة، كان بيان القعدد فيها شرط كمال، وصحّت دونه كما في المتيطيّة والفشتالي[336] وابن سلمون وغيرهم. وإن كان هناك معارض لها ومن يدّعي خلافها، فلابدّ من بيان القعدد ليعلم الأحقّ منهما. اهـ. قلت ينبغي أن يعوّل القاضي هنا على ما نقلناه عن البرزلي وحلولو، لا على ما قيّد به المسألة ميارة والتّاودي، لأنّ عملنا على عدم التّفصيل بدليل إطلاقهما.

والأصل أنّ الشهادة في الوراثة، إنّما تكون على أعيان الورثة، لكن أهل العلم أجازوها على غير أعيانهم، وحملوا الأمور على الصحّة. فإن وقع بين الورثة في ذلك اختلاف وتنازع، واحتاج الحاكم إلى الإعذار إليهم، فلابدّ من الشّهادة على أعيانهم. فإن غاب الشّهود الذين شهدوا بالوراثة أو ماتوا، جاز إثبات العين بغيرهم. قاله في مختصر المتيطيّة، ونقله ابن غازي في تكميل التّقييد، وصرّح بأنّه الذي جرى به العمل. وفي المقصد المحمود[337]: مجهول العين تقع الشّهادة على عينه. وجرى العمل في الوراثات بخلاف ذلك. اهـ. وفي العمليّات الفاسيّة.

وكل ما عدا وراثات المنون ❁ فيه على العين الشهادات تكون

أما الوراثات فلا إلاّ إذا ❁ للوارث الإعذار فيه أخذا

---

[335] هو علي بن علي الشّريف العلمي. أخذ عن والده وعبد القادر الفاسي ومحمد العربي بردله. ألّف النّوازل المشهورة بنوازل العلمي.

[336] هو قاضي فاس، محمد بن أحمد الفشتالي. له تأليف في الوثائق؛ مشهور. توفي سنة 779 .

[337] المقصد المحمود في تلخيص العقود أحد الكتب التي أشار إليها صاحب التّحفة في مقدّمتها. ومؤلّفه هو ابن القاسم الجزيري. واسمه علي بن يحيى بن القاسم الصّنهاجي نزيل الجزيرة الخضراء. توفي سنة 985.

ونقل في المفيد عن أصبغ، في السّامعين من المنكحة وإن لم يعرفاها: هذا أمر لا يجد النّاس منه بدّا. ثم قال: ويخرج من قول أصبغ، أنّه لا يحتاج في ثبوت الموت وعدّة الورثة، إلى تعيين الورثة، إذا كانوا نساء وبه جرى العمل. وقال ابن فرحون في تبصرته، بعد أن نقل كلام المفيد: فتلخّص أنّ الزّوجة، حكمها حكم البنات، لا يلزم الشّهود أن يعرفوا عينها في استحقاق الميراث. اهـ. واقتصر في المتيطيّة في فصل التّوارث، على أنّ الشّهود إذا عرفوا عدد الورثة، ولم يعرفوا أسماءهم، فهي شهادة تامة أيضا، إلاّ أن يقع بينهم تنازع. وذكر فيه أيضا: أنّهم إذا سمّوهم، ولم يشهدوا على عينهم، أو لم يذكروا أنّهم يعرفونهم، فهي تامة أيضا. انظر حاشية الزّقاقيّة للتّسولي صفحة 90.

ويلزم في بيّنة الملك الاسترعائيّة أن يصرّح الشّهود بفصول خمسة :

1- اليد، أي الحوز.

2- وتصرّف الحائز تصرّف المالك.

3- وكونه ينسبه إلى نفسه وينسبه الناس إليه.

4- وعدم المنازع.

5- وطول الحيازة عشرة أشهر وقيل سنة.

وهل زيادة كون المحوز لم يخرج عن ملك حائزه، في علمهم شرط كمال، وهو ظاهر كلام المدوّنة في العارية أو شرط صحّة، وهو ظاهر شهادات المدوّنة، لقولها في آخرها، فيمن قامت له بيّنة: أنّه ابن فلان الميّت، لم يستحق ميراثه، حتى يقولوا "لا نعلم له وارثا غيره" وكذلك إن شهدوا أنّ هذه الدّار لأبيه أو جدّه فلا تتمّ الشّهادة، حتى يقولوا "لا نعلم أنّها خرجت عن ملكه إلى أن مات وتركها ميراثا" لهذا قال ابن ناجي: وحملها شيخنا ابن عرفة؛ على أنّه شرط كمال فيهما وبه أقول. وفصّل

ابن أبي جمرة[338] فقال: هو شرط صحّة في وثيقة استحقاق الميت كما في الشهادات، وكمال في وثيقة استحقاق الحيّ، كما في العارية، لأنّ الوارث يحلف على العلم والحيّ على البتّ، ومثله في الوثائق المجموعة. وقبله أبو إبراهيم والمغربي وبه الفتوى. اهـ. ونظمه في العمليّات الفاسيّة بقوله:

ونفي ما كالبيع شرط صحّة ❁ شهادة بملك خصـــم ميت

أما شهادة تحقّ ملك مـــال ❁ للحيّ فالشّرط بها شرط كمال

ولا تقبل الشّهادة بالملك مجملة. وصوّر المنجور الإجمال؛ بأن يشهدوا بالملك دون زيادة أنّ الشيء المستحقّ، لم يخرج عن ملكه في علمهم. فيُستفسرون، فإن أبوا أن يقولوا "ما علموه باع ولا وهب" الخ، فشهادتهم باطلة. كما لو قالوا "أنّه لم يخرج عن ملكه قطعًا." وصوّر أبو علي بن رحّال والشيخ عمر الفاسي الإجمال، بعدم ذكر الشروط الخمسة، والتفسير بذكرها. فإن كان الشّاهد من أهل العلم، لم يجب التّصريح بها وإلاّ وجب. ويدخل في الإجمال؛ ما نقله المتّيطي، عن ابن زرب وغيره: إذا قال شهود الملك أنّهم يعرفون دار كذا، مسكنا لفلان المتوفّى، فقال ابن زرب: يُستفسرون، فإن قالوا "أردنا بمسكنه ملكه" قضي لربّها. وإن قالوا "أردنا أنّها دار سكناه" لم يقض له بها. ويدخل في الإجمال: إذا قالوا "ملكه" ولم يزيدوا "مالا من أمواله" فقد نقل بنّاني عن ابن عرفة: وفي لغو شهادة الشّاهد في دار بأنّها ملك فلان، حتى يقول "ومال من ماله" وقبولها مطلقا، ثالثها إن كان الشّهود لهم نباهة ويقظة. الأوّل لابن سهل عن مالك، قائلا شاهدت القضاء به. والثّاني لأبي

[338] هو محمد بن أحمد بن عبد الملك بن موسى بن أبي جمرة المرسي؛ القاضي المشاور. مولده سنة 518 وتوفي سنة 599.

المطرّف[339]، والثالث لابن عتاب.

وما ذكرناه من كون بيّنة الملك إذا قطعت بالشّهادة، وقالوا "لم تخرج عن ملكه" تبطل، هو قول مالك وابن القاسم وبه العمل، كما في التّوضيح ومختصر المتيّطية واللّباب. ولذا قال في العمل العام:

قول شهود الملك ما باع ولا ❁ فوّت في علمهم أمر جلا

ككلّ من يشهد في نفي كلا ❁ نعلم وارثا سواه مثــلا

وهو ما في المدوّنة لقولها: فإن قطعوا بالشّهادة، وقالوا "لم تخرج عن ملكه" كانت زورا. وقيّد بعضهم البطلان بما إذا كان الشّهود من العلماء، أما إذا كانوا من العوام فتقبل. وإليه ذهب الشّيخ ابن أبي زيد وأبو عمران. ونقل بعض المتأخّرين أنّه المعتمد في الفتوى. ونقله مهدي في حاشية الزّقاقيّة.

ولابدّ في الشّهادة بالملك للميّت، أن يقولوا "لا نعلم الهالك فوّته إلى أن توفّي" وإن سقط عدم تفويت الورثة لما ورثوه لم يضرّ ذلك وذكره أتمّ. هذا إن لم يمت واحد أو أكثر من الورثة وإلاّ وجب ذلك. ففي مختصر المتيطيّة: ويشهدون أنّه لم يفوتها عن ملكه إلى أن مات، وخلفها إلى ورثته. وأنّ أحدا من ورثته لم يفوّت حظه بوجه إلى أن توفّي وتركها إلى ورثته. وهكذا فإن لم يذكروا أنّ المتوفّى الثّاني لم يفوّت شيئا ممّا جرت الوراثة وإليه، في علم الشّهود إلى أن توفّي، لم تعمل الشّهادة لورثته شيئا اهـ. ونحوه في الوثائق المجموعة. وقد أشار الزّقّاق إلى شروط شهادة الملك بقوله:

يد نسبة طول كعشرة أشهــــــــر ❁ وفعلا بلا خصم به الملك يجتــلا

وهل عدم التفويت في علمهم كـــما ❁ لام صحّة للحيّ للميّت ذا أجعــلا

---

[339] هو عبد الرحمن؛ أبو المطرّف: بن مروان بن عبد الرحمن القنازعي القرطبي. تفقّه بالأصيلي وأبي عمر بن المكوي. وروى عنه ابن عات وابن عبد البرّ. له تفسير الموطأ واختصار كتاب ابن سلاّم في تفسير القرآن واختصار وثائق ابن الهندي. توفي في رجب سنة 413.

واشتراط طول الحيازة عشرة أشهر إنّما هو فيما جهل أصله. أمّا حيازة ما علم أصله لغير الحائز، فهي التي اشترط فيها عشر سنين، وقد أفصح أبو زيد عن ذلك في نظم العمل الفاسي حيث قال:

وحوز ما جهل أصله كفى ❁ عشرة أشهر أو العام وفى
تصرّف المالك والنّسبة مع ❁ يد ولا منازع طول وقع
هذا إذا توفّرت فيشهد ❁ عالمها بملك من له اليد
أما الذي عُلم فالمشهور ❁ عشر سنين وله تقرير

ولا تقبل الشّهادة الاسترعائيّة مجملة، في ملك أو عتق أو تجريح أو تعديل أو ترشيد، أو تسفيه أو توليج أو ذكر أخ في وثيقة الوراثة إلاّ من أهل العلم. وأمّا من غيرهم فلا تقبل إلاّ مفسّرة. قاله الغرناطي[340]. فالإجمال في بيّنة الملك، كعدم التعرّض للفصول الخمسة وقد تقدّم. والإجمال في الشّهادة بالعتق كقولهم "نشهد أنّه يتصرّف تصرّف الأحرار" وكقولهم "نشهد أنّه قال له أنت حرّ" لاحتمال أن يكون ذلك لمدح أو ذمّ لا لإنشاء حريّة. والتّجريح كقولهم "هو مجرّح أو فاسق" والمشهور: لابدّ من البيان مطلقا. قاله التّاودي في شرح الزّقاقيّة. والتّعديل كقولهم "نعم العبد أو ممّن تقبل شهادته" فإن كانوا من أهل العلم، قبلت شهادتهم وإلاّ فلا، قاله ابن فرحون. قال المحقّق التّاودي: ومقتضاه أنّ القول المذكور، يكفي في التّزكية من أهل العلم، وهوخلاف قول المدوّنة: ولا يجزئ في التّعديل إلاّ القول بأنّهم عدول مرضيّون. اهـ. وهو ما اقتصر عليه ابن الحاجب وابن عبد السّلام وصاحب المختصر، وخلاف ما اشترطوه في المزكّي من كونه عارفا، فمقتضاه أنّ غير العارف لا يصحّ

[340] هو أبو عبد الله بن محمد الأنصاري السّرقسطي الغرناطي عالم غرناطة ومفتيها. أخذ عن ابن سراج. وأخذ عنه ابن الأزرق والقلصادي. كان من أحفظ النّاس لمذهب مالك مولده سنة 784 وتوفي سنة 865.

تعديله، ولو فسّر قال: وينبغي أن لا يقبل قول المزكّي "عدل رضى" مجملا إلا من العالم. وأما غيره فحتى يُفسّره. فإنّ كثيرا من المتصببين لا يفهمون معناه اهـ. والعدالة السّلامة في الدّين. والرّضى السّلامة من البله والغفلة.

والإجمال في الترشيد، كقولهم "نشهد أنّه رشيد" فتكفي من أهل العلم؛ دون غيرهم، حتى يقولوا "حافظ لماله غير مبذّر". والإجمال في التّسفيه، كقولهم "نشهد أنّه سفيه" فلا تقبل من العوام، حتى يقولوا "غير حافظ لماله" والإجمال في التوليج تقدم. والإجمال في الوراثة، كقولهم "نشهد أنّه توفي فلان فورثه زوجه وبنته وأخوه" ولم يبيّنوا كونه لأب أو لأم أو شقيق. فلابدّ من البيان، لأنّ أحكام الإخوة مختلفة. إلاّ أن يكون عالما بأنّ الأخ للأم، يسقط بالبنت وغيرها من عمودي النّسب، وأنّه لا يرق معهما إلاّ الشقيق والذي للأب فيقبل. وأشار الزّقاق إلى كلام الغرناطيّ بقوله:

شهادة إعتاق ورشد وضدّه ❁ وجرح وتعديل وتأليج أسجلا

وإثبات ملك أو أخ في وراثة ❁ تفسّر إلا من ذوي العلم فأقبلا

وألحق بما ذكر نظائر، لا تقبل من غير العالم إلاّ مفسّرة، وهي الشّهادة بالملأ على من ثبت عدمه، لا تقبل من غير أهل العلم حتى يقولوا "أنّ له مالا أخفاه" فإذا قالوا ذلك قبلت، على ما به العمل عيّنوه أم لا. قاله الزّرقاني.

والشّهادة بضرر الزّوجة لا تقبل مجملة. إذ قد يكون أدّبها لنشوز أو نحوه، فيظنّ من لا علم له أنّ ذلك ضرر منه، فلابدّ من بيانه إلاّ من أهل العلم.

والشّهادة بالغبن من العامي، لابدّ فيها من بيان قدره، لاختلاف العلماء في تحديده، هل الثّلث أو أكثر، أو ما نقص عن القيمة نقصًا بيّنًا، وإن لم يبلغ الثّلث، ولا تقبل مجملة إلاّ من العالم.

والشّهادة بالردّة من العامي، لابدّ فيها من بيان قول المرتدّ الذي صدر منه، لاختلاف العلماء في الألفاظ التي يكفّر بها.

والشّهادة بالولاء، لا تقبل من غير أهل العلم مجملة، حتى يقولوا "باشر عتقه، أو جرّه ولاء أو عتق".

والشّهادة بالسّرقة من العوام، لابدّ أن يبيّنوا كم هي وكيف أخذت، هل خفيّة أو جهارا، وهل أخرجت من حرز أم لا. وكذا الشّهادة بالزّنى من العوام، لابدّ فيها من بيان الصفة. ولا تتمّ شهادتهم حتى يقولوا "رأينا كذا في كذا كالمرود في المكحلة" — وكذا الشّهادة بالقذف أو الشّتم، لا تقبل من العامي حتى يكشف عن حقيقته، لأنّ شرط المقذوف به كونه زنى أو نفي نسب عن أب أو جدّ معيّن لا عن أم، ولا إن قال "نبذ فلم يدر له أب ولا أم" — وكذا الشّهادة بالتّعنيس لا تقبل من العامي مجملة للاختلاف في حدّه. وكذا الشّهادة بالعدم، إذ قالوا "لا مال له ظاهرا ولا باطنا" ولم يقولوا "إنّهم لا يعلمون له مالا ظاهرا ولا باطنا" فيستفسرون، هل مرادهم القطع فتبطل. أو نفي العلم فتصح. والشّهادة بوقف طريق على المسلمين، لا تقبل مجملة من العامي، إذ قد يكون المحلّ ينتفع به وهو مملوك. فيلزم بيان أن وافقه فلان إمّا بإشهاده أو إخباره لهم؛ أو بالسّماع الفاشي. وكذا شهادة السّماع؛ لا تقبل من غير أهل العلم حتى يقولوا "نسمع سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم" — وكذا الشّهادة بفساد عقد من العقود؛ لا تقبل حتى يبيّنوا وجه الفساد،و الشّهادة بإلحاق الحمل بأبيه الميّت، لا تقبل حتّى يبيّنوا المدّة التي بين الوضع وموت الأب. وقد نظم هذه الفروع التّاودي فقال:

وغبن وكفر سـرقة وزنى ولاء ❁ وقذف وشتم عنست عـدم ملاء
وضرّ وغصب وقف سبل سماعهم ❁ فساد عقود حمل ميّت له تـلا

وإذا كان شهود البيّنات الاسترعائية عدولا معروفين بالعدالة؛ ككونهم منتصبين للإشهاد، أو حاملين لأوامر تخوّلهم الانتصاب للإشهاد، لم يحتاجوا إلى تعديل أي تزكية. ويكتب الموثّق تحت اسم الشّاهد هذه العبارة (معروف بالعدالة) وإذا لم يكونوا كذلك احتاجوا إلى التعديل. فإن علم العدلان المأذونان بالرّفع عليهم عدالتهم، كتبا تحت اسم كلّ واحد منهم هذه العبارة (وأزكّيه) وإن لم يعلما عدالتهم، افتقرا إلى أن يزكّيهم رجلان عدلان معروفان عند القاضي، إلاّ أن يكون الشّاهد غريبا أو امرأة، فلا يشترط أن يزكّيهما ابتداء، معروف عند القاضي. لكن لابدّ أن يزكّي مزكيهما، معروف عند القاضي بالعدالة. وهو معنى قول ابن عاشر.

تعديل احتاج لتعديل هبا ❁ إلاّ مزكّي امرأة أو غربا

ومن هنا يتبيّن التّساهل الواقع من الحكّام، في قبول تزكية من لا يعرفونه بحال، فضلا عن معرفته بسمة العدالة. قال في التّبصرة: ولقبول الشّهادة في التّعديل ثلاثة شروط. أحدها في شاهدي التّعديل .والثّاني في المخالطة المبيحة للتّعديل. والثّالث في الوصف الكافي في التّعديل. فأما شاهده فيشترط فيه أن يكون مبرّزا ناقدا فطنا لا يخدع في غفلة، ولا يخفى عليه شروط التّعديل فلا تقبل التّزكية من الأبله والجاهل بوجوه العدالة، وإن كان في نفسه عدلا مقبولا في غير ذلك. ولا يقبل تعديل من يرى كلّ مسلم عدلا بمجرّد الإسلام. وأمّا المخالطة المبيحة للتعديل، فأن يتكرّر اختباره له، وتطول مخالطته إياه، ولا يقنع منه في ذلك باليسير لأنّه يحتاج إلى معرفة ظاهرة، وذلك لا يدرك إلاّ مع المطاولة؛ فإنّ من شأن النّاس تزيين الظواهر وكتمان العيوب. اهـ. وأما صفة التّزكية فهي أن يشهد المزكّي (بالكسر) أن المزكّى عدل رضى ولابدّ من الجمع بين الوصفين على المشهور وقال في معين الحكّام به جرى العمل وقال في التّوضيح كون إحدى الكلمتين لا تكفي هو الذي في الجلاّب قال في الكافي وهو

تحصيل مذهب مالك. وقال ابن زرقون[341] المعلوم من المذهب خلافه؛ وأنّه إن اقتصر على أحدهما أجزأه، وهو المعلوم لمالك وسحنون وغيرهما. فقد اختلف التّشهير.

والمشهور أن لا تقبل تزكية النّساء لا لرجال ولا لنساء ولو فيما تجوز شهادتهنّ فيه. والمسألة ذات خلاف.

وإذا عُدّل شاهد وحكم بشهادته ثم شهد ثانيا فلا يحتاج عند ابن القاسم إلى تعديل آخر. ويكتفى بالتّعديل الأوّل حتى يطول سنة. وقال سحنون : يطلب تعديله كلّما شهد حتى يكثر تعديله ويشتهر مطلقا وبقول سحنون العمل قديما وحديثا ولو شهد في يوم تزكيته. قاله ابن عرفة فلو طلب تعديله بالقرب على قول سحنون أو بالبعد على قول ابن القاسم، فعجز عن ذلك لفقد من عدّله أوّلا وجب قبول شهادته لأنّ طلب تعديله ثانيا إنّما هو استحسان قاله ابن رشد، وهو الذي ينبغي اعتماده ولا تعويل على استشكال أبي عليّ والشيخ الرّهوني. انظر حاشية مهدي على التّحفة وقد نظم المسألة صاحب العمل العام بقوله:

ومن يعدّل في شهادة فـــلا ❁ بدّ إذا شهد أن يعـــدّلا

ولو مع القرب فإن عدم من ❁ عدّله فبالشّهادة أحكمـن

وإذا عدّل شخص غيره، فشهد المعدّل على المعدّل؛ (بالكسر) حكم عليه من غير تزكية على ما به العمل، على نقل ابن ناجي لإقراره بها. وقد نظم المسألة صاحب العمل العام بقوله:

والقاضي إن عدّل خصم عنده ❁ شخصا قضى به عليه وحده

من دون ما تزكية لأنّـــــه ❁ صار كمن أقرّ فاعلمنّـــه

[341] هو محمد بن سعيد بن أحمد بن سعيد يعرف بابن زرقون سمع أبا الفضل عياض بن موسى واختص به ولازمه كثيرا. ولي قضاء شلب وقضاء سبتة وكان حافظا للفقه مبرّزا فيه؛ مع البراعة في التأدّب والمشاركة في قرض الشعر من تآليفه كتاب الأنوار في الجمع بين المنتقى والاستذكار. مولده سنة 502 وتوفي سنة 586.

والتزكية لا تكون إلاّ على العين؛ إلاّ أن يكون المعدّل مشهور العين في البلد؛ لا يشتبه بغيره في صفته واسمه؛ فلا بأس بتعديله غائبا. قاله ابن فتوح والمتّيطي، ولهذا يكتب الموثّق في الشّهادات الاسترعائيّة؛ تحت اسم الشّاهد؛ لفظة "معروف" فيمن كان معروفا عنده. ولفظة "عرفه مزكّياه على العين" إذا كان غير معروف له. وينبغي إذا سقط ذلك من الوثيقة أن لا يعمل بها، لإجمالها حتى يتمّ ذلك. فإن لم يمكن إتمامه لموت الموثّق استؤنف تحرير الشّهادة.

المبحث الثالث في أحكام الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ

الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ، ويسمّى إيداع الشّهادة من الشهادة الأصليّة، لا قسيم لها. فليس هو من الاسترعاء بالمعنى المتقدّم في تقسيم الشهادة. ومعناه: طلب المشهد الشّهود برعي الشّهادة وحفظها ليؤدّوها له عند الحاجة إليها. وموجبه: إما إنكار الحق أو الخوف، فيشهد الإنسان الشّهود، أمّا ما سيفعله من نكاح أو طلاق أو بيع أو مخالعة أو تحبيس أو ترك شفعة أو صلح، إنّما هو لاتّقاء الضرر الذي يُلمُّ به، ممّن طلب منه ذلك، أو إنكار الحقّ ممّن عليه؛ وأنّه غير ملتزم بشيء ممّا سيبرمه، وأنّه على حقّه غير تارك له وأنّه يقوم به متى أمكنه ذلك. ولا يكتبه العدول إلاّ بإذن خاص فيه من الحاكم الشّرعي. ففي الأجوبة العظوميّة: ومن شرط أعماله الرّفع إلى القاضي، وإذنه في الإيداع، لأنّه من صور النّزاع التي لا يكفي فيها إلاّ الرّفع للقاضي. وينفع في التبرّعات مطلقا؛ سواء أعرف الشّهود ما ادّعاه المسترعي من الخوف، أم لا. بخلاف المعاوضات؛ فلا ينفع فيها إلاّ إذا يثبت بالبيّنة التقية؛ أي أنّ المشتري يُتقّى ويخاف منه، لكونه يظلم النّاس ويأخذ أموالهم. فإن لم يثبت ذلك لم ينفعه الاسترعاء. ويشترط في الانتفاع بالاسترعاء أن يقوم المسترعي بالفور؛ أي داخل السّنة بعد زوال التقية. فإن مضى عام على زوال التّقية، ولم يقم المسترعي بحقّه لم ينفعه الاسترعاء. قاله

ابن سهل. إلاّ أن يكون المسترعي غائبا؛ أو معذورا بما يوجب عذره؛ فيبقى على حجّته في الاسترعاء، إلى أن يمكّنه القيام به. وقد نظم الشيخ ميّارة بعض شروط النّفع بالاسترعاء فقال:

وفي المعاوضات الاسترعاء يصح ❁ إن علم الإكراه علما متّضح

وفي التبرعات الإشهاد كفى ❁ من قبل فعله لما قد وصفا

ولابدّ في الاسترعاء ؛ من تأريخه باليوم والساعة ليعلم تقدّمه. ففي الزّرقاني ما نصّه: "ابن عرفة؛ وشرطه تقدّمه على الصّلح؛ فيجب تعيين وقته بيومه وفي أيّ وقت من يومه؛ خوف اتّحاد يومهما أي أو وقتهما. فإن اتّحدا دون تعيين جزء اليوم؛ لم يفد استرعاؤه." اهـ. وسلّمه بناني والرّهوني، ومثله في باب إنكاح السّفيه من المتيّطية. وهو مخالف لما نقله التّاودي في شرح الزقاقيّة. ونصّه : "ويؤرّخ فيه بالساعة ليعلم تقدّمه. ابن الهندي: فإن كان تاريخ الاسترعاء والحبس واحدا لم يضّر ذلك. وتقديمه أتمّ". اهـ. اللهم إلاّ أن يحمل كلام ابن الهندي على التبرّعات؛ وكلام ابن عرفة على الاسترعاء في غيرها، لكن ظاهر كلامهم في الاسترعاء اشتراطهم تقدّمه مطلقا. وقول ابن أبي زيد في العمليّات الفاسيّة (وفي التبرّع قبيله بدا) يخالف ما لابن الهندي؛ إذ الشكّ في الشّرط مؤثّر. فما ذكره الزّرقاني عن ابن عرفة هو الذي ينبغي اعتماده.

ومن عقود المعاوضات التي يشترط في نفع الاسترعاء فيها ثبوت الإكراه؛ عقد الصّلح. وإنكار الحقّ يتنزّل فيه منزلة الخوف. قال الشيخ أبو إبراهيم التّجيبي[342]: والاسترعاء لا يجوز إلاّ في وجهين؛ أحدهما التّقية والثّاني الإنكار. فإن كان هذان الأمران ثابتين ببيّنة لا مدفع فيها؛ واسترعى عليها قبل الصّلح أو قبل البيع؛ فالحجّة

[342] هو إسحاق بن إبراهيم بن مسرّة؛ أبو ابراهيم التّجيبي. من أهل طليطلة؛ وسكن قرطبة لطلب العلم ثم استوطنها. أكثر أخذه عن ابن لبابة وابن خالد وبهما تفقّه. توفي بطليطلة سنة 352 – أو سنة 354 عن خمس وتسعين سنة.

في ذلك للمسترعي قائمة؛ والاسترعاء باق له في ذلك لا يغيّره شيء ما دامت التّقية، وأقام المنكر على إنكاره. ومتى ذهبت التقيّة أو عاد إلى الإقرار؛ وجب للمسترعي القيام بما استرعاه؛ إذا قام في فور ذهاب التقيّة أو إقرار المنكر. إلاّ أن يكون المسترعي في ذلك غائبا أو معذورا بما يوجب عذره، فيبقى في الاسترعاء على حجّته إلى حين يمكنه القيام في ذلك اهـ من المعيار. وفي حاشية ابن غازي: قال المتيّطي وابن فتّوح: لا ينفعه الاسترعاء، إلا مع ثبوت إنكار المطلوب، ورجوعه في الصّلح إلى الإقرار، فإن ثبت إنكاره وتمادى عليه في صلحه، لم يفده استرعاؤه شيئا، إن لم تقم بيّنة تعرف حقّه. وقول العوام "صلح المنكر إثبات لحقّ الطالب" جهل. اهـ.

وممّا يدخل في عقود المعاوضات التي لا ينفع الاسترعاء فيها بغير ثبوت التقيّة؛ تعمير الإنسان ذمّته بدين لغيره بالإشهاد. قال في نوازل الوكالات والإقرارات من المعيار: سئل محمد ابن أحمد بن حسون عمّن أشهد على نفسه بدين؛ فلمّا طولب به قال "إنّما أشهدت به على وجه الوصيّة" إذا حضره سفر؛ وأتى إلى القاضي بكتاب فيه "أنّه إنّما أشهد بالدّين على وجه الوصيّة" فأجاب: ذلك لازم له وليست تعمل، شهادة من شهدوا أنّ فعله ذلك إنّما كان على وجه الوصيّة شيئا. بل يجب أن لا يسمع منهم فيها. ولو جاز مثل هذا، ما صحّت وثيقة بشراء ولا بدين لأحد، ولا يؤمن أن يسترعي كلّ من يلزمه الإشهاد على حقّ له، أنّ بيّنته لوجه غير الوجه الذي أشهد به على نفسه. اهـ.

وممّا يندرج في عقود المعاوضات الطلاق بخلع. فلا ينفع فيه الاسترعاء، إلا مع ثبوت الإكراه والتقيّة، فقد سئل أبو الفضل العقباني عمّن هربت زوجته مع رجل، لموضع لا تناله فيه الأحكام، ثم بعد نحو العامين بعث الهارب له بالفداء، فأشهد أنّه مهما طلّق بالفداء أو صالح، فإنّما ذلك ليرجع الهارب بها، ثم وكّل بعد الإشهاد وكيلا

طلّقها على مال. فأجاب: للزّوج أخذ زوجته، ولا يلزمه الطلاق مع الاستحفاظ ووضوح عذره، ويردّ العوض على من أعطاه. وكان على الزّوج الثاني وعلى من أعانه على سوء صنيعه، الضّرب الوجيع والسّجن الطويل. وأجاب عنها مرّة أخرى بقوله استرعاؤه ينفعه، ولا يلزمه ما طلّق، على الوجه الذي وصفت، وأخذ العوض لا يمنع صحّة استرعائه، مع ما علم من نشوز المرأة وامتناعها بأهل المنعة والتعدّي. اهـ. فقوله في الجواب الأول "ووضوح عذره،" وفي الثاني "مع ما علم من نشوز المرأة وامتناعها بأهل المنعة والتعدّي" دليل على ما ذكرناه. قاله شارح العمليّات الفاسيّة: أما الطلاق على غير شيء، فينفع فيه الاسترعاء، ولو لم يثبت الموجب. ففي كتاب ابن المواز: الاسترعاء في الطّلاق جائز. قال في رجل كانت له امرأة لها أب غائب عنها، فأرسلت إليه أن يزورها فلم يفعل، فأرسل إليه زوجها أنّه طلّق ابنته، وأشهد قبل الكتاب أنّه إنّما يفعل ذلك لعلّه يأتي لابنته. قال: إن كان استرعى قبل ذلك شهودا، فإنّه ينفعه ذلك، وإن لم يفعل طلّقت عليه. قال ابن عطيّة والونشريسي؛ ونحو هذا لابن زرب في الأحكام. وقاله غير واحد من الموثّقين. وهو القول المشهور المعمول به. اهـ. ونقل في المعيار: أنّ الأستاذ أبا سعيد ابن لبّ[343] سئل عن الاستحفاظ في الطلاق؛ فأجاب: الظاهر انتفاعه به. وينبغي إذا أخذ فيها بهذا الظّاهر والبحث عليه؛ أن يقيّد شهادة عليه فيما أشهد به من التّحريم أنه لم يقصده؛ ولا التزم حكمه حين أشهد به، ولا عقد عليه نيّته في نفسه، لئلاّ يكون قد بدا له حين أشهد بعد الاستحفاظ شهودا، أنّه مهما طلّق زوجه فلانة أو حرمها، فهو غير ملتزم له فيما استحفظ. فإذا اعترف ببقائه على حكم الاستحفاظ، صدّق لظهوره في رسمه. اهـ.

[343] هو الأستاذ أبو سعيد فرج بن قاسم بن أحمد بن لبّ الأندلسي الغرناطي ممّن بلغ درجة الاختيار في الفتوى وكان له قيام تامّ بالفنون. وقد انتهت إليه رئاسة الفتوى في العلوم مولده سنة 701 وتوفي في ذي الحجة سنة 782.

وذكر البرزلي : أنّه أراد الرّحيل من القيروان إلى تونس، فأبت وزجته أن ترحل معه، إلاّ أن يجعل بيدها طلاق من يتزوّج عليها، فاسترعى أنّ كل ما يكتب لها من ذلك، فهو غير ملتزم له وانتقل بعد ذلك إلى تونس، فكتب له الشيخ ابن عرفة في ذلك: أنّ الاسترعاء المذكور عامل، حسبما نصّ عليه المتقدّمون والمتأخّرون، ثم إنّ البرزلي تزوّج، فأخرجت المرأة ما بيدها. فأبطله الحاكم بما في يده.

وسئل القباب[344] عن رجل تطوّع لزوجته، بأنّه لا يتزوّج عليها ولا يتسرّى، ومتى فعل بغير إذنها، فالداخلة عليها طالق والسرّية حرّة. وكان استحفظ شهودا قبل الطّوع. بأنّه لا يتطوّع إلا خوفا منها أن تطلبه بما لها عليه من الدّيون من صداق وغيره، وخوفا من شرّها. وكيف إن كتب أنّه إن أسقط الاستحفاظ في ذلك: فإنّه غير ملتزم لذلك هل ينفعه ذلك أم لا. فأجاب: أنّ الذي مضى عليه العمل، أنّ الاسترعاء عامل في التبرّعات كلّها. من طلاق وعتق وغير ذلك، وإن لم تكن التّقية معلومة. ولمالك ما يدلّ عليه في الطّلاق. وأمّا إن كتب أنّه أسقط الاستحفاظ فإنّ ذلك لازم له، ولا ينفعه استحفاظه المتقدّم إلاّ إن أشهد في استحفاظه، أنّه إن أسقط الاستحفاظ فإنّه غير ملتزم له. وإن أشهد بقطع الاسترعاء في الاسترعاء. قطع جميع الاسترعاءات ولم ينتفع باسترعائه. هذا الذي وفيه خلاف. اهـ. وما ذكره القباب في جوابه. هو الذي اقتصر عليه التّاودي في شرح الزّقاقيّة. ونصّه: فإن صالح وأسقط في عقد الصّلح الاسترعاء، وكان قد استرعى واسترعى في الاسترعاء، قام بالاسترعاء في الاسترعاء. فإن أسقط الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء، فلا قيام له ولو استرعى فيه، إذ لا استرعاء في الاسترعاء على الصّحيح. فما يكتب من قولهم "ما تكرّر وتناهى" لا طائل تحته.

---

[344] هو أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن الشهير بالقباب أخذ عنه ابن الخطيب القسنطيني والشّاطبي والرّجراجي، تولّى القضاء بجبل الفتح والفتيا بفاس، شرح أحكام النّظر لابن القطّان وشرح قواعد عياض وله فتاوى نقل بعضها البرزلي والونشريسي. وله مراجعات مع الشّاطبي ومناظرات مع سعيد العقباني. توفي سنة 778 – أو سنة 779.

اهـ. ووضّحه محشّيه التّسولي بقوله: الاسترعاء هو أن يُشهد قبل الصّلح في السرّ. أنّه إنّما يصالح لوجه كذا، وأنّه متى صالح وأشهد على نفسه في كتاب الصّلح، أنّه أسقط عنه الاسترعاء، فإنّه غير ملتزم لإسقاطه. فله القيام في هذا الوجه أيضا. فإن أسقط عنه الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء، فلا قيام له أبدا. اهـ. وإذا أراد الإنسان أن يتوثّق لنفسه، في نفوذ الصّلح وعدم القيام بنقضه فالأحسن؛ كما في ابن غازي عن المتيّطي أن يحمل مُصالحه، على الإشهاد بأنّ كل بيّنة تقوم له بالاسترعاء فهي ساقطة كاذبة، وأن يقرّ أيضا بأنه لم يسترع، ولا وقع بينه وبينه شيء يوجب الاسترعاء. فإنّ ذلك يُسقط ويخرج به من الخلاف، لأنّه يصير مكذّبا للبيّنة ومبطلا لها. وهو من دقيق الفقه. اهـ. وقد أشبع الكلام في الاستحفاظ، شرّاح الزّقاقيّة عند قولها "كذلك الاستحفاظ فاترك" من الفصل الأخير، وشارح العمليّات الفاسيّة عند قولها:

وفي المعاوضات الاسترعاء مع ❁ عقد قبيله وبعده نفع

الأبيات الثّلاثة صحيفة 217 من الجزء الأوّل من الطبعة الفاسيّة، وصاحب المعيار.

المبحث الرّابع في قبول غير العدول من اللّفيف في البيّنات الاسترعائيّة والفرق بين ما عليه عملنا وما عليه عمل أهل فاس.

الأصل أن لا يقبل غير العدل في الشّهادة، وشهادة العدول هي المعهودة في الشّريعة لترتيب الأحكام عليها، والمقصودة بالدّعاء إلى التّحمل. فإذا لم يتّفق وجودها، واتّفق وجود اللّفيف على الوجه المذكور، رتّب الحكم عليه. ثم توسّع المتأخّرون في ذلك، فقنعوا برتبة دونه، حيث لم تتّفق شهادة العدول ولا اللّفيف على هذا الوجه، للضّرورة الدّاعية إلى ذلك، لئلا تهمل الأحكام وتضيع الحقوق. فحدث بسبب ذلك، نوع من الشهادة لم تتناوله النّصوص، ولا تعرض له نقل على

الخصوص. وقد سأل القاضي عياض شيخه أبا الوليد بن رشد رحمهما الله، عن شهادة الكافّة يريد اللّفيف، فأجاب بأنّه ما لم يبلغ عدد الشّهود حدّ التّواتر الذي يوجب العلم، فلهم حكم الشّهادة على وجهها. والذي لا تتوسّم فيه جرحة ولا عدالة، لا تجوز شهادته في موضع من المواضع. ولا أدري من أجاز شهادة الكافّة منهم، كما ذكرت في المذهب، على سبيل الشّهادة. وإنّما تجوز إذا وقع ا العلم بخبرهم من جهة التّواتر. وسأله أيضا عن مدّع شهادة رجال عدّة، إلاّ أنّهم غير عدول. فأجاب بأنّ شهادة غير العدل كلا شهادة. اهـ. لكن إهمال شهادة غير العدل، لما أفضى إلى ضياع كثير من الأموال والحقوق، جرى العمل بقبولها، قبل الألف عند الفاسيّين. وقد نصّ الشيخ ابن أبي زيد في النّوادر، على أنّا إذا لم نجد في جهة إلاّ غير العدول، أقمنا أصلحهم وأمثلهم، لجواز الشّهادة عليهم. ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم. لئلاّ تضيع المصالح. قال الشّهاب القرافي: وما أظنّ أحدا يخالفه في ذلك. وهذا كلّه لئلاّ تهدر الدّماء وتضيع الحقوق وتتعطّل الحدود. وفي طرر ابن عات: حكى بعض شيوخنا المتأخّرين من الثّقاة أنّ أهل البادية إذا شهدوا في حقّ لامرأة أو غيرها؛ ولم يكن فيهم عدول، أنّه يستكثر منهم ويقضى بشهادتهم. وقال صاحب الاستغناء عن بعضهم إذا كان البلد لا عدول فيه، فإنّه يكتفي بالأمثل فالأمثل، ويستكثر بحسب خطر الحقوق. وحكى نحوه عن أبي صالح. وقال غيره: لولا ذلك ما جاز لهم بيع ولا تمّ لهم نكاح، ولا عقد في شيء من الأشياء. اهـ. كلام الطرر. وفي شرح ابن ناجي على الجلاّب، عند قوله "والعدالة شرط في قبول الشّهادة" ما نصّه: يريد إذا وجد العدول وإلاّ فالأمثل. ولمّا وُلّيت قضاء جزيرة جربة، وجدت أهلها خوارج، كما يذكر عنهم وشهودهم منهم، وليس فيها من أهل السنّة إلاّ القليل، ممّن لا يعرف مواقع الشهادة كالأجناد. وأهلها من الرّجال الأحرار البالغين، يزيدون على ثلاثين

ألفا، عرّفني بذلك من يوثق به ووجدت قضاة أصحابنا. بأجمعهم عملهم على جواز شهادتهم للضّرورة. وكنت محافظا على من يشهد بالحقّ، ولا أبالي بمذهبه وحاله في غير ذلك للضّرورة. قال فيها: ولا يتّخذ القاضي كاتبا من أهل الذمّة، ولا قاسما ولا عبدا ولا مكاتبا، ولا يتّخذ في شيء من أمور المسلمين إلا العدول. قال المغربي: يريد إن وجدوا، وإلا فالأمثل فالأمثل. فتقييده لقولها، يستروح منه ما ذكرناه. اهـ. المقصود منه. وسئل الشيخ أبو عبد الله القوري[345]. فقيل له: إنّ أهل زماننا لإهمالهم فرائض الله تعالى، من الصّلاة والزّكاة وغير ذلك من الواجبات، يكون في الحيّ منهم عدد كثير وجمّ غفير، وقد يكون منهم من لا يشهد بالزّور، وإن كان على الحالة المذكورة. فأجاب إنّ شهادة غير العدول فيها خلاف، فبعض الشيوخ قبل شهادتهم، وقال يستكثر منهم، وينظر الأمثل فالأمثل، والأشبه فالأشبه، وقال لكلّ قوم عدول ولكلّ زمان عدول. وبعضهم اتّبع الأصل، وقال لا يقبل إلا العدول ولا عمل على شهادة غيرهم. اهـ. فتبيّن من مجموع النّقول، أنّ شهادة اللّفيف إنّما أجيزت للضّرورة، فيقتصر فيها على محلّ الضرورة. ويُشترط أن يكونوا ممّن يتوسّم فيهم المروءة، أو كونهم أمثل من يوجد، ولا أقلّ من كونهم غير ظاهريّ الجرحة. وأن يكونوا كثيرين، ويستكثر منهم بحسب خطر الحقوق. قاله ميارة؛ ونقل جريان العمل عندهم بالاكتفاء بإثني عشر.

ولما كان اللّفيف قاصرين عن كتابة رسم ما شهدوا به؛ ووضع أسمائهم بخطوطهم لقصورهم عنه؛ احتيج إلى كاتب يكتب ذلك عند القاضي. ويلزم أن يكون عارفا بصناعة التّوثيق، وهناك في المغرب الأقصى طريقتان الأولى: يطالع

[345] هو أبو عبد الله محمد بن قاسم بن محمد اللّخمي المكناسي ثم الفاسي، الأندلسي الأصل شهر بالقوري كان شيخ العلماء بفاس ومفتيها مولده سنة 804 وتوفي سنة 872.

الكاتب القاضي بما كتب؛ ويؤدّي الشهود عند القاضي ما قيّد عنهم في الرسم؛ ويضع على اسم كلّ واحد شينا إلاّ أنّه لا ينقطها، علامة على أنّه شهد؛ ويباشر القاضي الأداء بنفسه على الأصل في الأداء. الطّريقة الثّانية وهي الجارية كثيرا: أن يعيّن القاضي عدلا لسماع شهادة اللّفيف. وتارة يباح ذلك لكل من قدّمه القاضي للشّهادة. ويكون التّقديم للشّهادة متضمّنا للتّقديم لسماع البيّنة من اللّفيف مع التّعيين أو عدمه؛ فكأنّه مقدّم من القاضي لذلك؛ ولهذا يكتب القاضي "شهدوا لدى من قدم لذلك" وإذا كان هذا المؤدّى عنده مستحلفا من القاضي على ذلك. فقال المتّيطي: ينبغي لمن استخلفه الحاكم على ثبوت شيء عنده أن يجيزه به، بحضرة شاهدين يشهدان بذلك. اهـ. قال التّاودي في شرح الزّقاقيّة صفحة 68 من الطبعة التونسيّة؛ يكتب أي العدل، رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم؛ ويضع أسماءهم عقب تاريخه ثم يكتب تحته رسما آخر، فيه تسجيل القاضي، أي الشّهادة بثبوت الرّسم وصحّته عنده. ويترك موضع اسم القاضي أبيض، ثم يطالع القاضي بذلك. فيكتب بخطّه تحت أسماء الشّهود "شهدوا لدى من قدم لذلك بموجبه، فثبت" ويضع علامته موضعه البياض، ثم يضع عدلاه علامتهما عقب هذا الرّسم الثاني، شهادة على القاضي بمضمنه. اهـ.

وعملنا بتونس[346]، على أن السّامع من اللّفيف، لا يكون إلاّ من العدول المنتصبين للإشهاد بأوامر عليّة. ويعتبر ذلك أداء. ولكن لا يسمع العدل الشّهادة، إلاّ

---

[346] حاشية – كانت الأذون تتلقّى من الأعوان أو مشافهة من الآذن، واقتضت التّراتيب اليوم للمبالغة في الضّبط والتحرّي، أن تكون كتابيّة فيتسلّم العدل بطاقة من الآذن ممضاة منه بعد أن يضمن الإذن في دفتر كاتب المحكمة الشرعية تحت عدد ويضمن العدل الإذن وعدده في رسم صكّ الشّهادة وكان المحرّر للبيّنات الاسترعائية واحدا وقد يحرّرها عدلان، واقتضت التّراتيب اليوم أن لا يحرّرها أقلّ من عدلين. وقد ذكر المغاربة أنّ الاكتفاء بالعدل الواحد في سماع بيّنة اللّفيف به عمل فاس لقول أبي زيد الفاسي، والعدل يكفي في سماع البيّنة لأنّه من باب الأداء والسّامع من اللّفيف نائب عن القاضي في ذلك، وعمل مرّاكش أنّه لابدّ من إثنين في السّماع من اللّفيف لأنه كالنّقل عنهم ولا يكفي في النّقل واحد نقله مهدي في حاشية الزقاقيّة صفحة 117، وذكر أنّه تعاطى الفتوى بفاس ولم يقف على رسم فيه الاكتفاء بواحد. وعليه فعمل فاس موافق لمراكش إلاّ أن يكون الثاني بفاس على جهة الاستحباب؛ وبمرّاكش على جهة الوجوب. اهـ.

بتقديم خاص لذلك من القاضي أو أحد المفتين. ويعبّر عن هذا التّقديم، بالإذن ويكتب العدل بعد تقييد الشّهادة، ما نصّه "وذلك بالإذن من الشّيخ القاضي، أو المفتي، فلان رعاه الله تعالى، حسبما يضع ختمه أعلاه" ويكتب بعد التاريخ أسماء الشهود. ويضع فوق كل اسم ما نصّه "شهد به"، وتحت الاسم "معروف" إن كان معروفا عنده "وعرفه مزكّياه على العين" إن كان غير معروف عنده، ثم يكتب التّزكية إن احتاجت البيّنة إلى التّزكية، بأن كان الشّهود غير عدول، وإلاّ كتب تحت اسم الشّاهد "معروف بالعدالة". وإذا كتب التّزكية، كتب بعدها ما نصّه "بالإذن حرّرت شهادة الشّهود أمامه، أو أعلاه أو محوّله أصلا وتزكية" ويضع العدل عقده، ويختم الآذن بختمه في أعلى الرّسم ويختم ختما آخر على التّزكية إن كانت، ويكتب بخطّه أسفل الوثيقة إن كانت الشّهادة عنده صحيحة، ما نصّه "يكتب العمل" ويكتب التاريخ فالختم، علامة على الإذن، وكتابة العمل خطاب بصحّة الشّهادة، وصلوحيّتها للاحتجاج بها. ومن هنا لا يسوغ للقاضي أن يخاطب على الرّسم بالأعمال فيما هو غير صحيح، ولا يسوغ لقاض أن يعتمد على استرعاء من غير تسجيل القاضي الآذن فيه بأعماله. وطالما أوقفنا بيّنات مقامة في الآفاق عن إذن قضاتها، وقع إهمال التّسجيل بأعمالها لأنّ عدم الخطاب دليل على ريبة للقاضي فيها. وكنّا نكاتب القاضي الآذن في شأنها، فإن عرف أنّ عدم خطابه لريبة فيها ألغيناها. وإن عرف أنّه لغفلة أمرناه بتلافي أمرها بالخطاب عليها، وحين يتمّ ذلك نعرضها على المشهود عليه للإعذار فيها، فهذا الخطاب من أفراد ما يعبّر عنه الفقهاء بالثّبوت. ويفرّقون بينه وبين الحكم بأنّه يجري فيما لا يدخله الحكم كالعبادات والبيّنات فإنّها موارد للثّبوت. وليست محالّ للأحكام، فمعنى الثّبوت نهوض الحجّة، كما في صفحة 92 من الجزء الأوّل من التّبصرة. وسيأتي لهذا مزيد بيان إن شاء الله في الباب الثّالث.

وكانوا في القديم يكتبون بعد خطاب القاضي على رسم الشّهادة بالأعمال شهادة بأعمالها. رأينا ذلك في كثير من البيّنات القديمة وخصوصا القيروانيّة منها وبطل ذلك اليوم.

وهل يلزم في بيّنة اللفيف الاستفسار،أمّا في المغرب الأقصى فظاهر كلام المغاربة أنّه لابدّ منه لأنّه قائم مقام التّزكية، ولو لم يكن في الرّسم إجمال ولا احتمال. وهو ظاهر قول الزّقّاق في اللاّمية في الفصل الذي عقده لما جرى به العمل بفاس:

فمن ذاك الاستفسار والتّزكيات دع ❁ نعم يزكّى ذو المرورة فأقبلا

قال شرّاحها في تفسير البيت ما حاصله: إنّ الاستفسار هو استفهام الشّهود عمّا شهدوا به وإن لم يكن فيه إجمال، وأنّه اختلف في كونه حقّا للقاضي أو للمشهود عليه. وأنّه جعل عوضا عن التّزكية التي هي الأصل في الشّهود، فتترك التّزكية لأنّ شهادة اللّفيف مدخول فيها على عدم العدالة إلاّ السّلامة من جرحة الكذب، وإنّ الشّهود إذا كانوا من العوام ذوي المروءة والسّمت الحسن، طلب من المشهود له تزكيتهم على أصل المذهب لإمكان ذلك وقدرته عليه بخلاف غيرهم. أهـ. وقال الشيخ ميارة في مبحث شهادة اللّفيف، في شرح قول الزّقّاق "وكثرن ❁ بغير عدول واجتهد وتأمّلا" ما حاصله: وهل الاستفسار غير لازم، وإنّما يكون في بعض الأحوال دون بعض أو لازم. والأوّل هو مقتضى ما جرى به العمل بفاس، فيما أدركناه على عهد المشايخ، من أنّ الخصم لا يمكّن من نسخة الاستفسار إلاّ إذا طلبها. والثّاني هو مقتضى التّعليل بكتابة غير الشّاهد. قال شيخنا القاضي الفلالي: الاستفسار لابدّ منه ولو لم يطلبه الخصم؛ لأنّ ذلك من حقّ القاضي؛ لأنّ كلّ من يشهد شهادة ولا يعرف كتبها وإنّما غيره يكتبها، فلابدّ للقاضي من استفساره إذ لعلّ

الكاتب كتب ما لم يشهد به الشّاهد من الفصول كلّها أو بعضها. اهـ. باختصار. ومثله في شرح التّاودي على الزّقّاقية لكن ذكر الشيخ مهدي في حاشية الزّقّاقية: أنّ ترك الاستفسار مخالف لما قالوه. وذكر الونشريسي: أنّ عمل القضاة بالمغرب الأوسط والأقصى؛ جرى منذ مائتي سنة باستفسار شهود الاسترعاء عند المبرّزين عن شهادتهم؛ بعد آدائها عند القاضي وقبوله إيّاهم. قال ميّارة: وهو شامل للعدول واللّفيف. وأنكر أبو الحسن الصغيّر الاستفسار عند المبرزّين، فقال: لا يجوز للقاضي أن يبيحه البتّة، إذ ليس الاستفهام عند المبرّزين هو الأداء المعتبر بل الأداء المعتبر، إنّما يكون عند القاضي وإنّما هذا نقل شهادة. اهـ. وجرى العمل بفاس أنّ الاستفسار لا يكون إلاّ قبل مضي ستّة أشهر من يوم الأداء، فإذا مضت ستة أشهر من يوم الأداء حكم به كذلك من غير استفسار شهوده. قاله الفلالي. وقال الونشريسي: جرى عمل بعض قضاة المغرب في هذا التّاريخ وقبله بزمان، باستحسان ترك الاستفسار بعد مضيّ ستّة أشهر من أداء الشّاهد شهادته، معتلاً بأنّ هذه المدّة مظنّة نسيان الشّهادة. وبعضهم يقول باعتبار ستّة أشهر أنّ أداءها أثر تحمّلها، وأمّا إن طال زمن ما بين تحمّلها وأدائها ثم زعم نسيانها بعد ستّة أشهر فإنّه لا يقبل. والحقّ خلاف هذا كلّه. اهـ. بنقل ميارة. وقد نظّم هذا العمل صاحب العمل العام فقال:

واستحسنوا إن مرّ نصف عام ❁ مـن الأداء ترك الاستفهام

ونظّمه ناظم عمل فاس فقال:

وستّة الأشهر حدّ استفسار ❁ في البيّنات قاله في المعيار

هذا ملخّص العمل الفاسي. وأمّا عملنا التونسي فهو جار على أنّ الاستفسار من حقّ القاضي. فقد يستفسر الشّهود إن رأى موجبا لذلك. وقد يترك الاستفسار إن لم ير داعيا إليه، ولو ألحّ المشهود عليه في طلبه، إذا لاح له أنّ الغرض من طلبه

الإعنات والتّشغيب. وقد يتولّى الحاكم الاستفسار بنفسه. وقد يسنده إلى من يثق به من العدول المنتصبين. ولا يخفى أنّ الأحْوط لصيانة الحقوق، أن يلتزم اشتراط الكثرة في شهادة اللّفيف، والأداء عند الحاكم كما هو الأصل في الشّهادة. وإذا وقع الأداء عند العدول المنتصبين للإشهاد، أن يلتزم استفسار الشّهود من الحاكم نفسه. فإذا التزم ذلك قلّت المجازفة. ولم يرج الزّيف لدى الصّيارفة. أمّا الاسترسال على قبول هذه الشهادات، وإجرائها مجرى شهادة العدول فمجلبة للشّرور، ومطيّة لنفاق سوق الزّور والفجور ولله عاقبة الأمور.

المبحث الخامس في الشّهادة على الخّط:

الشّهادة على الخّط، كما في شروح التّحفة وغيرها. ثلاثة أقسام.

الأوّل، شهادة الشّاهد على خطّ نفسه.

والثّاني، الشّهادة على خطّ الميّت أو الغائب.

الثّالث، الشّهادة على خطّ المنكر أنّه خطه. فأمّا القسم الأوّل، وهو ما إذا عرف الشّاهد خطّه، ولم يذكر شهادته فقد جرى فيه خلاف، وعن مالك فيه قولان والذي جرى به العمل الفاسي، هو قوله المرجوع عنه: يؤدّيها إذا لم يكن في الكتاب محْو أو بشر لم يعتذر عنه وتنفع المشهود له. وهو اختيار سحنون ومطرّف وقول المغيرة[347] وابن أبي حازم وابن دينار، واختيار اللّخمي. قال: لو وكّل النّاس اليوم إلى الحفظ لما أدّى واحد شهادته، ولضاعت الحقوق. والقول الثّاني المرجوع إليه، هو المشهور ومذهب المدوّنة. قال فيها: إذا عرف الشّاهد خطّه في كتاب فيه شهادته، فلا يشهد حتى يذكر الشّهادة ويوقن بها. ولكن يؤدّي ذلك كما علم ثم لا تنفع الطّالب.

[347] هو المغيرة بن عبد الرّحمن المخزومي. أحد من دارت عليه الفتوى بالمدينة المنوّرة بعد مالك بن أنس رضي الله عنه. سمع أباه وهشام بن عروة وأبا الزّناد ومالك بن أنس. وخرّج له البخاري. مولده سنة 134 وتوفي سنة 188.

قال ابن ناجي: ما ذكره هو المشهور وأحد الأقوال الخمسة. قال شيخنا حفظه الله يعني البرزلي وبه العمل. اهـ. وهو الذي اقتصر عليه صاحب المختصر. وقد نظّم صاحب العمليّات الفاسيّة ما جرى به عملهم فقال:

والشّاهد العارف خطّه ولـــم ❁ يـذكـر شـهادته أدّى للحكم

إن لم يكن محو به أو ريبـــة ❁ وتـنـفـع الشّهادة المطلوبـــة

ونظم هذا العمل صاحب العمل العام فقال:

ومن برسم خطّ نفسه عــرف ❁ لكنّه لم يتذكّر مـا سلـف

أدّى بمـا علمه وعملــــــــه ❁ فيه ولم ينتفع المشهود لــه

أهل فاس بعد هذا عملـــــوا ❁ على انتفـاعه بـها فتقبـــــل

وفي البيان والتّحصيل: اختلف كيف يؤدّيها. فقيل إنه يقول "هذه شهادتي بخطّ يدي ولا أذكرها" وقيل يقول "أرى كتابا يشبه كتابي وأظنّه إيّاه، ولست أذكر شهادتي ولا متى كتبتها" اهـ. وعملنا اليوم مطابق لما به عمل فاس، فإنّ العدول المنتصبين للإشهاد يعملون على ما قُيِّد، ووضعوا علامتهم فيه وإن لم يذكروا الشّهادة.

وحكم القاضي في ذلك مخالف لحكمهم. فإذا وجد حكما في ديوانه بخطّه دون أن يذكره، فليس له أن يعمل به، إلاّ أن يشهد عنده بذلك الحكم شاهدان. وكذا إذا وجده القاضي المتولّي بعده فإنّه لا يعمل به، دون أن يشهد به شاهدان. ولذا أصلح التّاودي قول التّحفة "والحكم في القاضي كمثل الشاهد" البيت، بقوله:

والحكم في القاضي بعكس الشّاهد ❁ فـلا ينفـذ لمعنـى زائـــــد

ولو نسي الشّاهد الشّهادة وأخبره عدلان بأنّهما سمعاه شهد بكذا، لم يجز له أن يعتمد في ذلك قولهما ليشهد به. والفرق: أنّ الشّاهد متعبّد بأن لا يشهد إلاّ بما عليه

دون ما ظنّه. والقاضي على العكس في ذلك فلا يصحّ إلحاق أحدهما بالآخر. نقله عظوم في البرنامج آخر قضائه وأوّل شهاداته، عن ابن ناجي في أوّل أقضية كبيره.

وأما الثّاني، وهو الشّهادة على خطّ الميّت أو الغائب، فقال ابن رشد في البيان والتّحصيل: لم يختلف في الأمّهات المشهورة قول مالك في إجازتها وإعمالها. وقد قيل أنّها لا تجوز. وروي ذلك عن مالك. وإلى هذا ذهب محمد بن الموّاز وجعل الشّهادة على خطّه، كالشّهادة على شهادته، إذا سمعها منه ولم يشهد عليه بقول. فكما لا يجوز أن يشهد على شهادته، إذا سمعه يقول "لفلان على فلان كذا وكذا" حتى يشهده على قوله، إذ قد يخبر الرّجل بما لا يتحقّقه تحقّقا يتقلّد الشّهادة به، فكذلك لا يجوز له أن يشهد إذا رأى شهادة بخطّ يده، بحقّ لفلان على فلان؛ حتى يشهده على خطّه. إذ قد يكتب شهادة من لا يتقلّد الشّهادة، بها ومن إذا دعي إليها استراب فيها وتوقّف عنها ومن لا يعرف المشهود عليه إلاّ بعينه، وقد لا يعرفه بعينه ولا باسمه. وقال في المفيد: قال ابن حارث: جرى العمل من القضاة ببلدنا يعني قرطبة بإجازة الشّهادة على خط الشّاهد، ولا أعلم أحدا من أهل العلم فرّق في ذلك بين الأحباس وغيرها في حال من الأحوال. اهـ. وعملنا بتونس، على إعمالها في كل شيء؛ كما في حاشية ابن الطّاهر على التّحفة. أما عمل فاس، فخصّص ناظمه قبولها بالمال والحبس القديم. فقال:

بخط شاهد يموت أو يغيب ❁ في المال والحبس القديم أشهد نصيب

ونقل شارحها عن المنجور، أنّ العمل بفاس على قبول الشّهادة على الخطّ مطلقا. وذلك هو ظاهر إطلاق الزقّاق في اللاّمية.ولا يجوز الرّفع إلاّ على الخطوط المعروفة؛ التي لا يقدر على الضّرب عليها. قاله في المعيار. ونحوه لابن عرضون[348]

[348] هو أبو العباس أحمد بن الحسين بن عرضون؛ الفقيه الموثّق القاضي. أخذ عن المنجور والسّراج والحميدي وتوفي سنة 992.

قائلا:إذا كانت العلامة يمكن الضّرب عليها من الفجّار لعدم قوّة تشكيلها؛ فلا يجوز لحاكم أن يقبل الرّفع عليها لأنّ الشّك يتطرّق إليها وحيث يتطرّق يسقط الحكم. وإذا لم يضع ذو الخطّ علامته فلا يرفع عليه لأنّه ربّما كتب ولم يتمّ الأمر. قاله البرزلي عن الطّرر . قلت: ما ذكره البرزلي متعيّن في الشّهادات المدرجة برسوم مستقلّة بها. أمّا الشّهادات المدرجة بدفتر العدل المعدّ لتقييّد الشّهادات المعروف بدفتر المبيّضات، فإنّه يرفع فيه على إمضاء الشّاهد فيه دون علامته. لأنّ الشّاهد لا يضع علامته فيه وإنّما يضع إمضاءه أي اسمه بخطّه، ويعطف عليه بالإمضاء أيضا العدل الثّاني الذي تحمّلها معه. وقد يكتب العدل الشّهادة بخطّه. وقد يكتبها أحد كتبته، ويمضي عليها العدل وجليسه كما تقدّم. ولا يوضع في دفتر المبيّضات إلاّ الشّهادات التامّة. فينتفي الاحتمال الذي ذكره البرزليّ.

فإذا مات العدل أو غاب وأريد الرّفع على شهادته؛ لأنّه لم يخرّجها بالرّسم؛ استأذن عدلان الحاكم الشّرعي؛ من قاض أو مفت في إخراج الشّهادة وإدراجها بالرّسم. فيكتب العدل الحيّ الحاضر شهادته، ويعقد عليها بعقده ثم يخرج العدلان؛ أسفل شهادة الحي ما بالدّفتر ويعقدان على ذلك، بعد أن يشهدا أنّ الإمضاء إمضاؤه؛ من غير شكّ عندهما في ذلك ولا ريبة، وأنّه برسم العدالة إلى أن توفّي أو إلى الآن إن كان غائبا. ويضمنا إذن الحاكم ويختم الحاكم تلك الشهادة بختمه.

ولا يشترط إدراك الشّاهد صاحب الخطّ لإمكان معرفته دون صاحبه. قاله ابن عبد السّلام. وفي شرح ابن ناجي في أوّل شهادة السّماع من المدوّنة ما نصّه: قال بعض شيوخنا يعني ابن عرفة: وحضرت يوما بعض من قدّمه أبو علي ابن قداح[349]

[349] هو أبو حفص عمر بن علي بن قدّاح الهواري التونسي. تولّى قضاء الأنكحة بتونس مرّتين. وكانت الفتوى تدور عليه وعلى ابن عبد الرفيع أخذ عنه ابن عرفة. وتولّى قضاء الجماعة بعد ابن عبد الرفيع وتوفي وهو يتولاه؛ سنة 734. وتولّى قضاء الجماعة بعده ابن عبد السّلام.

للشّهادة بتونس وهو أبو العبّاس بن قليلو؛ وقد ناول القاضي ابن عبد السّلام وثيقة ليرفع فيها على خطّ شاهد فيها؛ فقال له إنّك لم تدرك هذا الشّاهد الذي أردت أن تشهد على خطّه. وردّ عليه الوثيقة ومنعه من الرّفع على الخطّ فيها وأنا جالس عنده. فلمّا انصرف ابن قليلو؛ قال لي: إنّما لم أقبل شهادته على الخطّ فيها؛ لأنّه ليس من أهل المعرفة بالخطوط. وليس عدم إدراك الرّافع على خطّ كاتبه بمانع من الشّهادة على خطّه؛ إذا كان الشّاهد عارفا بالخطوط. فإنا نعرف كثيرًا من خطوط من لم ندركه كخطّ الشّلوبين[350] وابن عصفور[351] ونحوهم؛ لتكرّر خطوطهم علينا مع تلقّينا من غير واحد من الشيوخ أنّها خطوطهم. اهـ.

وإذا كانت الوثيقة المشهود على خطّها مشتملة على المعرفة؛ أو التّعريف بالمشهد أو وصفه؛ لم يشترط أن يشهد الشّاهد بالخطّ؛ أنّ المشهود على خطّه؛ كان يعرف من أشهده معرفة عين. وإن خلت الوثيقة من ذلك؛ فقال ابن زرب باشتراط أن يشهد الشّاهد بالخطّ أنّ المشهود على خطّه كان يعرف مشهده وصُحح؛ ودرج عليه خليل في قوله "وأنّه كان يعرف مشهده" وقال ابن راشد القفصي: ظاهر كلام المتقدّمين أنّه لا يحتاج إلى ذلك؛ ويحمل العدل أنّه لا يضع شهادته حتى يعلم أنّه يشهد على خطّه؛ وأنّه لا يضعها إلاّ عن معرفة؛ وإلاّ كان شاهدًا بزور، والفرض أنّه عدل. وبهذا جرى العمل عندنا بقفصة وهو الصّواب. اهـ. ونظمه في العمليّات الفاسيّة بقوله:

وذكر القفصي أنّ العمـلا ❁ عندهم الشّاهد محمول على
أنّـه ما كتب حتى عـرفـــا ❁ مشهده فليقتصر من عرفـــا

---

[350] هو أبو علي بن محمد الأزدى الإشبيلي؛ يعرف بالشّلوبين كان في النّحو والعربيّة بحرًا زاخرا أخذ عنه ابن عصفور وجمال الدين ابن مالك وابن الأبّار، له كتاب التوطئة في النحو؛ وكتاب القوانين فيه وشرحان للجزولية؛ وتعليق على المفصّل للزمخشري. توفي سنة 645.

[351] هو أبو الحسن علي بن موسى الحضرمي؛ المعروف بابن عصفور؛ النّحوي الكبير. أخذ عن أبي علي الشّلوبين. له من التآليف المغرب والممتع والمقرّب. توفي سنة 669.

وظاهر كلام المتّيطي، أنّ ذلك لا يقدح في شهادته. ومثله لابن سهل كما في البرزلي؛ قائلا تسميته لهما معرفة. وذيّل عليه البرزلي بقوله: قلت قد يكون عدم التّسمية أعرف. وقال البنّاني: مقتضى كلام ابن سهل وابن فتوح، أنّ ذلك يبطلها ولابن عرفة تفصيل، وهو أنّ الشّاهد إن كان معلوم الضّبط والتحفّظ قبلت، وإلاّ ردّت إلاّ أن تكون على مشهور كالرّؤساء. اهـ. ولعلّ تفصيل ابن عرفة أسدُّ المذاهب.

وليس من تمام التّعريف، التعرّض لتعديل ذي الخطّ. فإذا كان الشّاهد بالخطّ لا يعرف عدالة صاحبه، لا يشهد إلاّ بمعرفة خاصة. ثم إن احتاج القاضي فيه إلى تعديل جاز أن يعدّله غير الشّاهد بخطّه. وإن لم يحتج القاضي إلى تعديله لمعرفته بعدالته لم يحتج إلى تعديل لأنّ التّعديل يستند فيه القاضي إلى عمله. قال المتّيطي في كتاب الحبس، في فصل ذكر فيه، أنّ قائما قام بالحبسيّة أنّ فلانا باع حبسا ما نصّه: وإن كان الشّهود الذين شهدوا على خطوط شهود موتى في كتاب الحبس، قلت "فأتى إليه بفلان وفلان، فشهدا عنده أنّ شهادة فلان وفلان، الواقعة في كتاب الحبس، المنتسخ في هذا الكتاب بخطوط أيديهما لا يشكّان في ذلك وأنهما ميّتان. فقبل القاضي شهادة الشّاهدين المشهود على خطوطهما." وإنّ عدّلهما الشّاهدان على خطوطهما. وأجاز ذلك، قلت في أثر قولك: وأنّهما ميّتان "وأنهما كانا بوسم العدالة، وقبول الشّهادة في تاريخ شهادتهما المذكورة وبعدها إلى أن توفّيا" وإن عدّلهما عنده غير الشّاهدين الذين شهدا على خطوطهما، قلت في الشّاهدين "وقبل شهادتهما لمعرفته بهما. وقبل شهادة فلان وفلان، المشهود على خطوطهما بتعديل فلان وفلان لهما عنده، بالعدل والرّضى إلى أن توفّيا على ذلك". اهـ. بنقل الحطّاب عند قول خليل "وتحمّلها عدلا".

ويشترط في قبول الرّفع على الخطّ، أن يكون بشاهدين إثنين على المشهور والمعتمد. وبه أفتى الشيخ أبو الحسن الصغيّر. وهو الجاري عليه عمل أهل تونس. ونقل الفاسيّون المتأخّرون أنّ العمل عندهم جرى بفاس، على الاكتفاء بالشّاهد الواحد دون يمين، في الرّفع على خط الميّت والغائب. وهو قول أشهب كما في التّبصرة الفرحونيّة.

واختلف في قدر الغيبة المبيح للرّفع على خطّ الغائب. فقال ابن الماجشون مسافة القصر وحكى ابن منظور[352] أنّ به العمل. وقال أصبغ البعيدة جدًّا كمصر من إفريقية. واستحسن القاضي ابن عبد السّلام قول سحنون عدم التّحديد إلاّ بما تنال الشّاهد فيه مشقّة. والقاضي يعلم ذلك عند نزوله. قال ابن عبد السّلام: وجرت العادة عندنا، أنّ اختلاف عمل القضاة يتنزّل منزلة البعد، وإن كان ما بين العملين قريبًا لأنّ حال الشّاهد يعلم في بلده وعند قاضيه لا في غيره، وفيه مع ذلك ضعف فإنّ الذي يشهد على خطّه، كالنّاقل عنه فلابدّ أن يعدّله، أو يكون معلومًا عند القاضي. اهـ. ونقل كلامه تلميذه ابن عرفة، وبحث فيه بقوله: مقتضى تعليله ما زعمه من الضعف، بما ذكر أنّ العادة عندهم أن لا يفتقر في الشّهادة على الخطّ إلى ثبوت عدالة ذوي الخطّ. وهذا شيء لا أعرفه ولا سمعت به عن عادة جرت بإفريقية والذي أعرفه وشاهدته، أنّ القاضي المرفوع عنده على الخط إن كان عنده ذو الخط مقبول قبله وإلاّ طلب تزّكيته. اهـ. وقد تقدّم قريبا عن المتّيطي، نظير ما قاله ابن عرفة.

وأما القسم الثّالث، فهو الشّهادة على خطّ المقرّ بشيء ثم ينكر أنّه خطّه أو يموت، فيشهد على خطّه فيلزم بما تضمّنه خطّه من الإقرار. قال في الشّامل: ولو

---

[352] هو القاضي أبو عبد الله محمد بن منظور القيسي الإشبيلي. توفي سنة 469

كتب ذكر حقّ على نفسه بخطّه ولم يكتب شهادته أي علامته فهو إقرار. فإن كتبها يعني الشّهادة أي العلامة فأقوى أي فهو أقوى في الإقرار. اهـ. ومثله لابن رشد في البيان والتّحصيل. ونقله ابن عرفة ثم قال: تسوية ابن رشد بين الذي كتب شهادته على نفسه في ذكر الحقّ والذي كتب ذكر الحقّ على نفسه بيده؛ فقال "لفلان عليّ كذا وكذا" ولم كتب شهادته خلاف ما حكى ابن عات في طرره، إذ قال ما نصّه: "في المجالس، إن كتب الوثيقة بخطّ يده وشهادته نفذت لأنّه قليل ما يضرب على جميع ذلك، وإن لم تكن شهادته فيها لم تنفذ لأنّه ربّما كتب ثم لم يتمّ الأمر، وإن كتب "لفلان عندي أو قبلي" بخطّ يده مضى عليه لأنّه خرج مخرج الإقرار بالحقوق. وإن كتب "لفلان على فلان" الخ الوثيقة. وشهادته فيها لم يجز إلاّ ببيّنة سواه، لأنّه أخرجها مخرج الوثائق، وجرت مجرى الشّهادة، فلم تجز الشّهادة على خطّه وهو تفسير جيّد. وهي مسألة فيها اختلاف. "اهـ. ونقل كلام الطرر، ابن ناجي في سابعة أقضية كبيره، وفي الثانية والعشرين من شهادات كبيرة والبرزلي في الواحدة والثلاثين من أقضية حاوية. قال ابن ناجي في أقضية كبيرة" : ووقعت في أحكامي بباجة، مسألة منه: كتب الفقيه عقبة بن سرور الماكني، أنّه "وكّل فلانا على أن يعقد له النّكاح على فلانة بما يراه ويسوغ شرعا، وأذن في الرّفع على خطّه لمن يجب له الرّفع شرعا. وكتب بتاريخ كذا. والسّلام." وطلب منّي وكيله، مع بعض العدول أن يرفع على خطّه ويعقد له فقلت: وقعت هذه المسألة ببلدكم فيما مضى وأفتى فيها شيخنا ابن عرفة أنّه لا ينفع، وأنّ الحكم الذي للرّجل لا يصحّ إلاّ بشهادة غيره عليه بخلاف الحكم الذي عليه فيصحّ بشهادته وحده. فبلغ ذلك شيخنا الغبريني فقال: ما ذكره في فتوى شيخنا ابن عرفة حقيق، فإنّه كان به يفتي وليس بصواب. ولكن ما خالفته في حياته ولا أخالفه بعد وفاته. وأمر بإعادة

الوكالة بشاهدين وبعد ذلك بقليل جاءت إلى القيروان وكالة من شيخنا الزّغبي بمثل توكيل الفقيه عقبة وعُمل عليها، ولو علم شيخنا الزّغبي بفتوى شيخنا ابن عرفة لما فعل. فتحصّل في العمل وعدم العمل بها قولان. عدم العمل بها أفتى به شيخنا ابن عرفة، والعمل بها قاله أبو الخير عقبة وشيخنا الزّغبيّ وصوّبه شيخنا الغبريني. "اهـ. وما استظهره التّسولي في شرح التّحفة من إلغاء ما عليه شهادته، إذا لم تكن الوثيقة مكتوبة بخطّه ضعيف غير صواب، مخالف لما شرح به الحطّاب قول خليل "وجازت على خط مقرّ" من أنّه لا فرق بين أن تكون الوثيقة بخطّه أو فيها شهادته فقط، ومثله لأبي علي في شرحه. ووجه ضعفه: أنّ احتمال الضّرب على ما بالرّسم مع وضع الشّهادة ضعيف جدّا. وعملنا اليوم في العقود والالتزامات الواقعة بخطّ اليد دون إشهاد، إذا كانت بإمضاء العاقد، أو الملتزم أو بعلامته فيما إذا كان عدلا جار على اعتبار ذلك إذا ثبت الخطّ بشهادة عدلين. وهو صريح كلام ابن رشد، لكن ينبغي للقاضي أن ينتبه إلى أمرين: أحدهما إلى أنّ الاكتفاء بالإمضاء يلزم تقييده بما إذا كان الممضي عارفا بالكتابة. أما إذا كان لا يعلم من الكتابة إلاّ وضع اسمه، ككثير من العوّام فلا يقوم الإمضاء حجّة عليه، إذا أنكر وقوع ما تضمّنته الكتابة، وذكر أنّه يعتقد أنّ الكتابة في غرض آخر وأنّ الكاتب أخبره بأنّ الكتابة في الغرض الذي ذكره، فأمضى لاعتقاده صدقه ووقعت هذه القضيّة أمام المجلس المالكي، فوجّهنا اليمين على الممضي ولمّا حلف ألغينا الكتاب المشتمل على الإمضاء ووجهه ظاهر. الثّاني أن لا يعتبر الكتابة الخالية من الإمضاء لأنّ العادة عندنا جارية على أنّ الكتابة لا تعتبر تامّة إلاّ بالإمضاء. ومراعاة العادة من الأصول التي انبنت عليها الأحكام، وقد صرّح الفقهاء بأنّ الأحكام المستندة إلى العوائد تتغيّر بتغيّر العوائد، قاله القرافي وابن عبد السّلام وغيرهما.

ولا يثبت الحقّ بمجرّد ثبوت الخطّ، في الوصيّة المكتوبة بخطّ الموصي، والطّلاق المكتوب بخطّ المطلّق ويحتاج في نفوذ الطّلاق إلى أن يرسل الكتاب إليها أو إلى رجل يعلمها بذلك، فيحكم لها حينئذ بطلاقه إذا شهد على خطّه عدلان. وأمّا إن لم يخرج الكتاب من يده فلا يحكم لها به إلاّ أن يقرّ أنّه كتبه مجمعا على الطّلاق، أو ينصّ فيه على أنه أنفذه كما قاله ابن رشد في الكتابة بالعتق. قاله التّسولي. ويحتاج في نفوذ الوصيّة بعد ثبوت الخطّ إلى ثبوت أنّ الموصى دفع الكتاب إلى الموصى له أو إلى أمين في حياته، فإن وجد رسم الوصيّة في تركته، فقال ابن رشد إذا لم يشهد الموصي على خطّه، ولم يثبت للموصى له من يشهد له بأنّه دفع الكتاب إليه، سقط الحكم بما تضمنه الخطّ المذكور، إذ قد يكون أراد أن يؤامر نفسه ولم يعزم على إنقاذه، والرّواية به عن مالك مسطورة. قال البرزلي: قلت ما ذكره عن مالك هو ما رواه الباجي وغيره من كتب وصيّته بيده، فوجدت في تركته وعرف أنّها خطّه بشهادة عدلين لم يثبت شيء منها حتّى يشهد عليه، إذ قد يكتب ولا يعزم رواه ابن القاسم في المجموعة والعتبيّة. ونقل البرزلي عن اللّخمي، أنّه قال: إن قال "فليشهد على خطّي من وقف عليه" فنفذ ما فيه، وإلاّ، فالرّواية: لا ينفذ. اهـ. قال الشّيخ التّسولي في شرح قول التّحفة "وصحّحت لولد الأولاد" البيت: معنى قوله "قال" كتب ذلك لا أنّه قال ذلك للنّاس، لأنّه في معنى الإشهاد عليها ولا خلاف حينئذ في تنفيذها". قلت. ما استظهره التّسولي وإن كان ظاهرا في نفسه إلاّ أنّه خلاف ما استظهره صاحب التّوضيح ونصّه: أنظر قوله يعني عياضا، وقال "إذا مت" هل المراد شهد على قوله من غير خطّ، أو المراد أنّه وجد ذلك بخطّه وشهد عليه والأوّل أقرب إلى حقيقة اللّفظ، إذ القول حقيقة إنّما هو في الملفوظ به. اهـ.

فقول أبي زيد في العمليّات الفاسيّة:

وكاتب بخطّه لم يشهد ❁ عليه أو يقل تنفذ أردد

مقيّد، بما إذا بقي عند الموصي خطّه إلى أن مات، وإلاّ نفّذت قطعا دون الشّرطين المذكورين. قاله التّاودي.

واختلف: هل يقضى بالشّهادة على خطّ المقرّ من غير يمين، وهو ما اقتصر عليه في المختصر وذكر صاحب التّحفة أنّ به القضاء. أو لابدّ من اليمين لضعف الشّهادة. وهما روايتان ؛ منشؤهما هل ينزّل الشّاهدان على خطّ المقرّ منزلة الشّاهدين على الإقرار أو منزلة الشّاهد فقط، ولو قام بالخطّ شاهد واحد فهل يحلف الطالب معه ويستحق أو تبطل شهادته. روايتان مبنيّتان على الاحتياج مع الشّاهدين إلى اليمين فلا تقبل. أو لا فتقبل مع اليمين. وفي التّبصرة عن الطّرر؛ أنّ الصّواب عدم الحكم بها. اهـ. ولابن رشد؛ لم يختلف قول مالك في قبول شهادة الشّاهد الواحد على الخطّ مع اليمين. ونحوه لابن يونس. قال التّسولي: وهذا أقوى ممّا في الطّرر.

وإذا لم يوجد من يشهد على خطّ المنكر لخطّه، فطلب المدّعي أن يجبر المدّعى عليه أن يكتب بمحضر العدول، ويقابلوا ما كتبه بما أظهره المدّعي وزعم أنّه خطّ، المدّعى عليه، فأفتى الشّيخ عبد الحمد الصّائغ بأنّه لا يجبر لأنّه كإلزام المدّعى عليه إقامة بيّنة لإثبات ما ادّعاه المدّعي وهذا لا يلزمه. وأفتى اللّخمي: بأنّه يجبر على ذلك وعلى أن يطوّل فيما يكتب تطويلا لا يمكن معه أن يستعمل فيه خطًّا غير خطّه وردّ ما احتجّ به الصّائغ بأنّ البيّنة يقطع المدّعى عليه بكذبها فلا يلزمه أن يسعى في أمر يقطع بكذبه، واستظهر ابن عرفة فتوى عبد الحميد ولعلّ وجه استظهاره؛ أنّ الخطّ الذي استظهر به المدّعي لا يحصل للشّهود إدراك كونه خطّ

المدّعى عليه، ليشهدوا عليه بمجرّد المماثلة الحاصلة بينه وبين الخطّ الذي يكتب بمحضرهم، حتىّ تتكرّر رؤيتهم لوضعه أو يسمعون بأنّه خطّه، سماعا يحصل لهم العلم بذلك ولم يحصل شيء من الأمرين، قاله عظوم في البرنامج وفي التّبصرة الفرحونيّة رجح أكثر الشّيوخ ما أفتى به اللّخمي.

المبحث السّادس في الشّهادة على الشّهادة. وهي شهادة النّقل

قال في المدوّنة : وتجوز الشّهادة على الشّهادة في الحدود والطّلاق والولاء وفي كلّ شيء، وشهادة رجلين تجوز على شهادة عدد كثير ولا ينقل أقلّ من إثنين في الحقوق عن واحد فأكثر، ولا يجوز نقل واحد عن واحد مع يمين الطّالب في مال لأنّها بعض شهادة شاهد، والنّقل نفسه ليس بمال ولو أجيز ذلك لا يصل إلى قبض المال إلاّ بيمينين، وإنّما قضى النّبي صلّى الله عليه وسلّم في الأموال بشاهد ويمين واحدة. اهـ. قال ابن ناجي في صغيره: اعلم أنّ للنّقل خمسة شروط، أحدهما ما في الكتاب أن ينقل إثنان فأكثر عن واحد فأكثر. الثّاني، أن يكون شهود الأصل والنّقل عدولا وهذا يكاد لا يحتاج إلى تنبيه عليه، الثّالث، أن يبقى شهود الأصل على شهادتهم، حتى يحكم بها. الرّابع، أن يقول المنقول عنهم «انقلوها عنّا». الخامس، أن يكون ذلك لعذر مرض أو سفر إلاّ في النّساء فإنّه ينقل عنهنّ وإن كنّ حضورًا. قاله مطّرف وابن الماجشون. وقال المازري: لما أُمر به النّساء من السّتر والبعد من الرّجال. وقال ابن عبد السّلام: فيه عندي نظر ولو قيل في ذلك بالفرق بين من جرت عادتها بالخروج نهارًا، وبين غيرها، كما قيل في اليمين، لكان له وجه.

المبحث السّابع في العمل بالنّسخ والمضامين

النّسخ لا يعمل بها إلاّ إذا كانت مقامة عن إذن الحاكم الشّرعي، ومختومة بختمه وخاطب عليها، وكيفيّة الخطاب بالنّسبة لنسخ الأحباس، على ما جرى به

عملنا التّونسي: أن يكتب الحاكم أعلى النّسخة بخطه ما نصّه «قوبل المقصود منه بأصله فتطابقا وكانا نصًا سواء»أو قوبل الفرع بأصله فتطابقا وكانا نصا سواء، وأعلم به فقير ربّه فلان القاضي ببلد كذا أو المفتي ببلد كذا وبالنسبة لغيرها، أن يكتب أسفل النّسخة «ثبت لديّ». والأصل فيما جرى به عملنا أنّ الأصل المنسوخ منهنّ لابدّ أن يثبت عند القاضي، ويكون بحيث لو حضر لقضي به. فمخاطبة القاضي على النّسخة، دليل على ثبوت رسم الأصل عنده وصحّته لثبوت عدالة شاهديه وثبوت علامتهما عنده، وسلامة الرّسم ممّا يوهن الاحتجاج به من بشر أو محو أو إلحاق لم يعتذر عنه، فيما هو مقصود بالشّهادة. أمّا إذا كانت النّسخة غير مخاطب عليها، فأصلها محتمل للنّهوض وعدمه وما دام هذا الاحتمال قويّا لا يمكن التّعويل على الفرع الذي هو النّسخة، لأنّ قبولها مترتّب على قبول الأصل. ولا يدفع احتمال اختلال الأصل عدالة شاهدي النّسخة، لأنّه ربّما خفي عليهما من أمر الأصل الشّيء الكثير. وقد علمت ممّا سبق عن ابن عبد السّلام أن الشّهادة على الخطّ لا تقبل من جميع العدول، وإنّما تقبل ممّن له فطنة زائدة وقد انضمّ إلى ما قرّرناه ما علم من كثرة تحيّل النّاس ولاسيما في الأحباس. فطالما عمد من لا استحقاق له في الوقف، فيكشف من الأصل بعض أسماء الأعيان الموقوف عليهم أو بعض حروفه، ويبدّله باسم آخر أو حروف أخرى يضعها موضع الاسم الأصلي ليمكنه الدّخول من الاسم المثبت ويجتهد في إخفاء ذلك، حتى لا يتنبّه له إلاّ بأعمال النّظر الصّحيح، ويخشى إن استظهر بالأصل، أن يتنبّه إليه فيطلب إخراج نسخة من رسم الوقف، ويتلف الأصل بعد الاستحصال على غرضه وربّما اخترعوا كتاب وقف فيما وقفيّته ثابتة، وزوّروا علامة شهود موسومين بالعدالة إلى غير ذلك من ضروب التحيّل. فلزم التثبت التّام في أمر النّسخ وأن لا تعتمد إلاّ حيث يغلب الظنّ بصحّة أصولها. وقد ذكر صاحب المعيار والمازوني في درره المكنونة: «أنّ الشّيخ

أبا الفضل قاسما العقباني. سئل عن رسم شهد فيه شهود وخاطب القاضي عليه وأعلمه قضاة أخر: إذا نسخ من أوّله إلى آخر الإعلامات فيه وقال من قابل النّسخة، قابلها بأصلها من ألفاهما سواء وعاين الإعلامات الواقعة عقب الأصل، فعلم أنّها بخطّ كاتبها الواقع عقب الرّسم. هل يحكم بالنّسخة إذا عدم الأصل أو لم يعدم؛ أو لا. فأجاب: إذا كان شاهد النّسخة قوي العدالة والمعرفة والفطنة، لما قد يقع في الأصل من بشر خفي أو زيادة مقحمة بما قد تتغيّر به المعاني، عمل على النّسخة إن كان الأصل ممّا يصحّ نسخه. اهـ. المقصود منه، ونقل ابن غازي في تكميل التقييّد ما نصّه: قال الإمام الونشريسي: أنّ النّسخة إذا نسخت على خطّ القاضي وقوبلت بأصلها وشهد الشّهود على إشهاد القاضي وصحّة المقابلة من عدول الشّهود، فحينئذ يعمل بالنّسخة إذا تعذّر وجود الأصل. اهـ. قال المحقّق السجلماسي في شرح قول أبي زيد الفاسي في عمليّاته:

والحكم بالنّسخة مشروط بأن ❁ تقوى العدالة وحال من فطن

ما نصّه : "قلت، فمفهوم هذا الكلام أنّ النّسخة إذا لم تكن على خطّ القاضي، ولا شهد عليه فيها الشّهود، بثبوت الأصل عنده لا يعمل بها. وهو الجاري على ما تقدّم من أنّ الرّفع على الخطّ الغائب لا يفيد، وظاهر مسألة الشّيخ أبي الفضل العقباني المتقدّمة، وإطلاق النّظم أنّ النّسخة يعمل بها مطلقا ولا يأتي ذلك إلاّ على مذهب الشّيخ أبي الحسن، الذي لا يشترط حضور الخطّ عند الرّفع عليه" .اهـ. قلت، قول الونشريسي: أنّ النّسخة إذا نسخت على خطّ القاضي أي في الأصل باستقلال الرّسم وأعماله وقوله، وشهد الشّهود على إشهاد القاضي أي بصحّة الأصل عنده واستقلاله وأعماله، فالقاضي يكتب في الأصل ثبوت الرّسم عنده وصحّته، ويضع علامته ويشهد عدلين بثبوته وصحّته عنده فيضعان علامتيهما شهادة على القاضي بذلك، وهذا نحو ما تقدّم عن التّاودي فيما يفعل عندهم في شهادة اللّفيف، وقد

قدّمنا أنّ عملنا التّونسي على أنّ حضور الخطّ عند الرّفع عليه غير مشروط على ما به العمل التّونسي، وأنّ المخاطبة على النّسخة، قائمة مقام المخاطبة على الأصل، لأنّها لا تكون إلاّ بعد ثبوت الأصل عند المخاطب وأعماله، وأنّ الإشهاد على الأعمال غير مشترط عندنا وإنّما الشّرط ثبوت خطّ المخاطب عند الحكم بالنّسخة إن كان يعرف خطّ المخاطب أو ثبوته بشهادة عدلين؛ إن كان لا يعرف خطّه. ولو فرضنا أنّ النّسخة خلت من مخاطبة القاضي لوجب إهمالها؛ إلاّ أن يثبت أنّ الأصل مخاطب عليه بالأعمال. وإنّما أطنبنا في هذا المقام لقلّة من وفاه حقّه من التّونسيين مع شدّة احتياج الحاكم إلى معرفته.

وإذا كانت النّسخة تامة لا شيء فيها، ووجد خطاب القاضي عليها فإنّه يعمل بها، ولو وجد الأصل مرتابا لاحتمال أنّ الرّيبة التي به إنّما وجدت بعد إخراج النّسخة منه، وقد كان الأصل حال إخراج النّسخة سالما لا ريبة به، فقد ذكر الونشريسي في المعيار: أنّه سئل بعض الشيوخ عمّن ابتاع جنانا فمكّنه البائعون من نسخة رسم مسجّل على القاضي وشهد عليه عدلان مبرّزان، وثبتت عنده أنّ سقي الجنان من ماء العين مدّة كذا، فنازعه بعض من ينتفع بالعين وادّعى أنّ المدّة أقل فاستظهر المشتري بالنّسخة، فأتى خصمه بعدل، شهد أنّه رأى أصل النّسخة، وفيه تقطيع وترقيع ولصق واستراب القاضي وكلّف المشتري بإحضار الأصل فلم يجده. فهل يحكم القاضي بالنّسخة لصحّتها وثبوتها عند من له ذلك مع عدم إحضار أصلها أم لا. فأجاب : شهادة النّسخة المسجّلة على القاضي بالصّحة بعد المقابلة، مع اتّصافها بصفة العدالة والمعرفة بما تقتضيه ألفاظ التّسجيل، وتصحيح النّسخة من أصل ماضيه ومعمول بها، ويجب على القاضي الذي استظهر صاحبها بها عنده الحكم بها. ولا يصدّه عن الحكم بها ما شهد به الشّاهد الذي لم يشهد في النّسخة لاحتمال وجوه تصرّف شهادة الشّاهد المذكور، عن أن يحكم الحاكم بردّ النّسخة منها أنّه لم يذكر

الشّاهد في شهادته محلّ التّقطيع والتّرفيع، وما ذكر معه وهل هو في محلّ يفسد الرّسم بسببه أو لا، وهل فيه اعتذار عن ذلك أو لا.فإنّه يمكن أن يكون ذلك في موضع افتتاح الرّسم أو في تحلية الموصوف في الرّسم، ومنها أن يكون ذلك الذي رآه الشّاهد المذكور مع فرض أن يكون موجبا للتّهمة في النّسخة، في نظير هذا الذي نسخ منه الشّاهدان شهادة غيرهما إذ لم يعين الشّاهد المذكور أنّه بشهادة فلان وفلان أو يكون بشهادتهما وعدلا عنه، لما اتّصف به من البَشر وغيره وكتبا غيره سليما من ذلك وتركا الآخر لا عبرة به.و منها تجويز أن يكون ذلك طرأ عليه بعد تسجيل النّسخة ومقابلتها،والشّهادة فيها إلى غير ذلك من وجوه الاحتمال فيجب العمل بالنّسخة اهـ.

ثم إنّ النّسخ لا حرج في إخراجها إذا لم يخش تكرّر الحق كالأحباس والوصيّة بالثّلث لمعيّن، على ما قاله مهدي في حاشية التّاودي بخلاف الوصيّة بعدد معيّن من المال والدّينَ والكتابة والدّماء، كما إذ أشهدوا في وثيقة بأنّ فلانا جرّح فلانا جائفة، فإذا نسخ الرّسم توهّم أنّه جرّحه جائفتين، والوديعة إذا قبضت ببيّنة مقصودة للتوثّق والقراض إذا قبض كذلك ورسوم الأكرية، فإذا أريد إخراج نسخة من رسم الكراء نبّه الآذن الشّاهد على التّنصيص، أنّ النّسخة للاحتجاج بها في غير مال الكراء وإلاّ لم يخرجها، وكذلك الأصدقة المشتملة على كالئ لا تخرج إلاّ للاحتجاج بها في غير المال، ولا فرق في عدم إخراج النّسخ فيما يخشى في تكرّر الحقّ بين أن يكون الطّالب لذلك مأمونا أو غير مأمون، وهو قول ابن الماجشون وهو المشهور على ما قاله ميارة والذي به العمل عند الموثّقين كما قاله أبو علي ابن رحّال، وقال مطرّف بالإعادة مطلقا وقاله مالك وأصبغ وقال ابن حبيب: هذا أحبّ إليّ فالذي يفصّل بين المأمون وغيره هو ابن حبيب وابن الماجشون، يقول لا تعاد فإن جهل الشّهود وأعادوها قضي بها ومطرّف يقول بالإعادة خلاف ما ألمّ به الزقّاق في قوله:

ومن يبتغي تكرير كتبك رسمه ❋ لزعم ضياع أو أداء فأهملا
وإلا وقد ودّيت تمضي مطرّف ❋ إذا كان مأمونا فكرّر ولا فلا

فنسب ما لابن حبيب لمطرّف وقول الشخي التّسولي: "ظاهر قول التّحفة (وما به قد وقعت شهادة) البيت أنّه إن أعادها لا يقضى بها سواء أعادها جهلا أم لا، كان المشهود له مأمونا أم لا وهو كذلك خلافا لابن الماجشون، في أنّه يقضى بها إن أعادها جهلا ولمطرّف في أنّها تعاد للمأمون فقط." الخ. لا ينبغي اعتماده وينبغي اعتماد ما لابن الماجشون وقد أحسن في تزّييف ما استدلّ به التّسولي مهدي في حاشية التّحفة فإرجع إليه إن شئت[353]. وقولنا يخاطب القاضي على نسخ غير

[353] حاشية – كانوا في القديم؛ يعدّدون الرّسوم للعقّارات المملوكة؛ بواسطة تعداد النّسخ. فنجم عن ذلك كثرة التّشاجر والنّزاع بين المتبايعين.فبعد أن يقع البيع وتمضي عليه مدّة يقوم البائع أو ورثته على المشتري برسم بقي عنده ويدّعى أنّ العقّار ملكه. وربّما ضاع رسم المشتري الواقع فيه الشّراء أو أحدث به ما يزيل صلوحيّته للاحتجاج. فاقتضت المصلحة أن يمنع ذلك وأن لا تعدّد الرّسوم وانبنى على ذلك أنّ من ادّعى ضياع رسم عقّار له وأراد تجديد رسم له فإن كان أصل التملّك موجودا في دفتر العدول فإنّه يقع الإعلان بضياع الرّسم وإرادة إخراجه من دفتر العدلين فلان وفلان، فمن كان لديه اعتراض في ذلك فليقم لدى الشيخ القاضي في مدّة عشرين يوما، ويعلن بذلك في الصحيفة الرّسمية ولا يتكرّر الإعلان ثلاث مرّات، بل يكفي الإعلان مرّة واحدة فإذا لم يعترض معترض فإنّ القاضي يأذن عدلي الدّفتر بإخراج ما في دفتريهما إن كانا حيين أو عدلين آخرين بذلك إن ماتا، ويذكر أنّ سبب إعادة إخراجه وإذن الحاكم في ذلك ويعقدان عليه ويختمه الحاكم ويقوم حينئذ هذا الرّسم مقام الرّسم الأصلي وإن لم يكن الرّسم موجودا بدفتر العدلين فيقع الإعلان بأنّ فلانا ادّعى ضياع رسم تملّكه لعقّار كذا، ويسمّيه ويحدّده وأنّه يروم إقامة وثيقة في تملّكه له ممّن كان عنده اعتراض في ذلك، فليقم باعتراضه لدى الشيخ القاضي في مدّة سبعين يوما من تاريخ الإعلان ويدرج الإعلان ثلاث مرّات في الجريدة الرّسميّة، فإذا تمّ الأجل ولم يقم معترض أذن القاضي في الوثيقة وتكون كسائر البيّنات الاسترعائية ويختمها الحاكم ويخاطب عليها بقوله «يكتب العمل» وتقوم حينئذ مقام الرّسم الأصلي، أمّا إذا قام معترض فيسمع اعتراضه إلى أن يتبيّن الأمر فيعمل على ما يتبيّن، وكثيرا ما كانت إرادة إقامة الوثائق مبدءا لنشر نوازل استحقاقيّة، ولمّا كانت البيّنات لا تقام عند الحنفية إلا في وجه خصم اختصت بيّنات التمالك بالقاضي المالكي، كما أنّه في القديم كانوا يكتبون بيع العقارات في رسوم خالية من ثبوت أصل التملّك للبائع، ولما ترتّب على ذلك كثرة النّزاع إذ ربّما باع الإنسان ما لا يملك حجّر على العدول المنتصبين للإشهاد إخراج عقد البيع من دفتريهما في غير الرّسوم المتضمّنة للتملّك، وفي غير وثائق التملّك التامّة الشروط تقليلا للنّزاع وتضييقا لمجال الاحتيال وفي التّبصرة الفرحونيّة: وينبغي له، أي للشاهد، أن لا يكتب لأحد مبايعة، إلاّ بعد أن يحضر كتابها. فإن شهد بصحّة ما يطلب كتابتها، بانتقالها إليه بشراء أو ميراث أو صدقة أو نحو ذلك كتبت. وكذا كتب الإجارة. ومتى لم يحضر شيئا من ذلك، فلا يكتب لهنّ إلا أن يكون رجلا معروفا مشهورا بالصّدق والأمانة. وإن لم يكن معروفا، وادّعى أنّ المبيع ملكه، وأنّ كتابه ضاع فليحترز، فإنّ ذلك موضع تهمة، فقد يبيع الإنسان ملك غيره،

الأحباس بقوله «ثبت لديّ» هو الجاري العمل به اليوم وهل يفيد ذلك صحّة الرّسم مطلقا أو لا يفيد إلاّ صحّة عدالة عدلي الرّسم. هذا ممّا اختلف فيه شيوخ شيوخنا فكان الحذّاق منهم يرون أنّه يفيد صحّة الرّسم وهو الظّاهر، بدليل إفراد الضّمير في «ثبت» فهو يعود على الرّسم وحينئذ فلا يخاطب القاضي على رسم لا يصحّ الاحتجاج به، وإن كان عدلاه ثابتي العدالة عنده وهذا مختار القاضي المحقّق الشّيخ الطّاهر ابن عاشور[354] جدّ سميّه صاحبنا الحفيد، أحد علماء العصر ومنهم من يرى قصر إفادته على عدالة عدلي الرّسم وهو مختار العلاّمة الشّيخ خمدة الشاهد[355]، أحد أهل الشّورى زمن ابن عاشور الجدّ. وهو الذي جزم به الشّيخ ابن الطّاهر في حاشية التّاودي في مبحث خطاب القضاة وما يتعلّق به ونصّه، قلت: وأمّا عملنا اليوم بإفريقية: أن يكتب القاضي أسفل عقدي الرّسم «ثبت لديّ» ولا يفيد ذلك إلاّ صحّة عدالة عدلي الرّسم لا غير إلاّ في رسم الحبس إذا قبل المقصود منه على يد القاضي،

=ويشهد عليه بذلك ويتسمّى باسم صاحب الملك، ويؤخّر المشتري القيام بالمشتري، حتى يطول الزّمن قليلا، أو يموت صاحب الملك. فيدّعي على ورثته. وغير ذلك من وجوه الضّرر. فينبغي إذا ادّعى ضياع الكتب، أن يحضر جماعة يشهدون له بالملك. ولو عمل بذلك محضر، أو شهد به عند الحاكم. وأثبت على الحاكم كان أجود. ولو فتح هذا الباب، بيعت أملاك النّاس بغير مستند». اهـ. وما قاله، من أنّه لا يكتب رسم البيع، حتى يحضر رسم الملك، يخالف ما قاله ابن ناجي في ثالثة غرر كبيره. قال: جعل شهود تونس يمتنعون من كتب البيع في دور تونس، لتحجير الأمير عليهم ذلك. وأنّهم يتساهلون بالكتب في دور خارج تونس فيكتبون بيعها، ولو لم يحضر البائع رسم ملكه. قال وامتناعهم ليس بأمر شرعيّ. اهـ. قال الشيخ حسن الشريف، في معين المفتي: والواقع اليوم من شهود تونس، أنّهم يقيّدون بدفترهم وقوع العقد بين المتبايعين، ولا يكتبون رسم البيع إلاّ بعد حضور رسم الملك. فإن أحضر كتبوا. وإن لم يحضر، وادّعى البائع أنّه قد ضاع، فإنّهم يضمنون في رسم البيع: أن تملّك البائع له بالذّكر، وأنّ المشتري قد رضي بذلك، إن رضي. اهـ.

[354] هو أبو عبد الله محمد الطّاهر بن محمد الشّاذلي بن عبد القادر ابن عاشور، الأندلسي الأصل،الجامع بين شرف العلم و النّسب،كان نسيج وحده يتّقد ذكاء.تولّى قضاء الجماعة بتونس في رجب سنة 1267 ثمّ الفتيا.له حاشية على شرح القطر لابن هشام، وشرح على البردة،وحاشية على المطوّل، و حاشية على شرح المحلّي لجمع الجوامع لم تكمل.توفي سنة 1284.

[355] هو أبو عبد الله ويدعى حمدة الشّاهد عُمّرَ حتى انفرد بمشيخة علماء الزّيتونة تولّى الفتيا وكان مرجع علماء الزّيتونة. توفي سنة 1311.

فإنّه يكتب أعلى الرّسم «الحمد لله قوبل المقصود منه بأصله، فتطابقا وكانا نصّا سواء وأعلم به فقير ربّه فلان قاضي كذا» اهـ. قلت: ولم يزل القضاة المحقّقون يأبون من وضع أختامهم على رسوم بشهادة عدول ثقات إذا كان الرّسم مشتملا على ما لا يجوز في مذهب مالك مثل بيع الكمشة وبيع الثّنيا[356] ورهن الانتفاع.

وأمّا المضامين فإنّها تكون في العقّارات المملوكة المشتركة إذا أراد كلّ واحد الاستقلال برسم فيما على ملكه، فيطلب من الحاكم الشّرعي إذن عدلين في إخراج مضمون ما بالرّسم يذكر فيه مقدار ما على ملكه من العقّار، ليكون له حجّة فيما بيده فيتسلّم الحاكم الرّسم ويتأمّل منه تأمّلا شافيا، فإذا لم يجد ريبة فيه وكان على الصّحة والسّلامة، وعلم عدالة شاهديه أو وقع التعريف بعدالتهما أذن عدلين في إخراج مضمون، منه فيعمدان إلى حكاية انتقال الملك الواقع في هذا العقّار من يد إلى أخرى، وذكر أسبابه إلى أن يأتيا على جميع ما بالرّسم إن كانت المدّة قصيرة فإن طالت حكى ثلاثة انتقالات وبعد تضمينهما ذلك يذكران من آل إليه استقرار هذا الملك، ويذكران أنّه كتب هذا المضمون بالإذن من فلان القاضي ببلد كذا أو المفتى به، وأنّه كتب هذا المضمون ليكون حجّة في تملّك فلان للجزء الذي يملكه منه، ويعيّنان مقدار هذا الجزء ويؤرّخان كتابة المضمون ولا يعقدان على ما كتباه إلاّ بعد أن يطّلع الآذن على المضمون، ويتتبّعه ويجده قد استوفى ما بالرّسم من الأركان ولا بترك منه إلاّ ما لا يحتاج إليه، فحينئذ يختمه ويكتب بخطّه، قيل وضع الشّاهدين علامتيهما ما نصّه «ختم في كذا من عام كذا» ويذكر التّاريخ ثم يضع العدلان إثر هذه الكتابة علامتيهما، ويكتب العدلان في أعلى الرّسم الأصليّ ما نصّه «أخرج منه مضمون في تملّك فلان لقدر كذا بشهادة شهيديه فلان وفلان، في تاريخ كذا» ويسمّى ذلك إعلالا.

---

[356] قال بذلك السّادة الحنفيّة.

ويلزم الحاكم أن يطّلع على هذا الإعلال بعد كتبه. وباستيفاء المضمون لما تقرّر يصير حجّة يمكن الاستناد إليه والتّعويل عليه فيما يستند فيه إلى الرّسوم، بمعنى أنّه يكون حجّة بين المتبايعين ومتى لم يشتمل المضمون على ما قرّرناه يلغ ويول شطر الإهمال، ولا خلاف في أنّ هذا الختم من الحاكم إعلام بثبوت الرّسوم المضمّنة عند الخاتم، وليس بمجرّد عدالة عدلي المضمون كما يتوهّمه بعض الضّعفاء.

المبحث الثّامن في أقسام الشّهادة باعتبار ما توجبه:

الشّهادة باعتبار ما توجبه، أربعة أقسام. الأوّل؛ ما توجب الحقّ بدون يمين. وهي أنواع. الأوّل؛ شهادة أربع في الزّنى. الثّاني؛ شهادة عدلين في غيره، سواء أكان حقّا غير مالي ولا آيلا إليه كالنّكاح والطّلاق والرّجعة والإسلام والردّة والبلوغ، إن أريد بإثباته القصاص مثلا والعدّة لتتزوّج. أو كان ماليّا أو آيلا إليه. الثّالث، شهادة رجل وامرأتين في المال وما يؤول إليه كإثبات البلوغ لأخذ مال والولاء، لاستحقاق مال والعدّة لانقطاع النّفقة عنه، والشّركة لكونها بيعا خلافا لما في التّبصرة الفرحونيّة والآجال، إذا كان الموجّل به مالا والوكالة على المال فتصحّ بالشّاهد والمرأتين وبشاهد ويمين، إن كان للوكيل نفع في الوكالة كما إذا وكّله على قبض دين وهبه له، فإن لم يكن له نفع وقام له شاهد فلا يحلف معه على ما به العمل، ولا تثبت وما ذكرناه من حلف الوكيل، الذي له نفع في الوكالة. سلّمه الحطّاب وغيره، وظاهر كلام غير واحد أنّ الوكيل لا يحلف مطلقا وذلك هو الحقّ إن شاء الله. قاله أبو علي ابن رحّال ومثل الوكالة الوصيّة فإن كانت على إبضاع بناته فلا تصحّ إلا بشاهدين ذكرين، وإن كانت بمال لمعيّن كزيد فتصحّ بالشّاهد والمرأتين من غير يمين، وتصحّ بالشّاهد الواحد مع يمين الموصى له وبالمرأتين أيضا مع يمينه، وأما إن كانت بمال لغير معيّن كالمساكين فلا تصحّ بالعدل وحده ولا بالمرأتين وحدهما، لأنّه لا معيّن هنا بحلف، قاله أبو علي.

ومثل الوصيّة بالمال الوقف. فإن كان على معيّن، ثبت بالشّاهد واليمين. وإن كان على غير معيّن، فلابدّ من عدلين، ولا يكفي الشّاهد واليمين، ويكفي فيه الشّاهد والمرأتان. ومن هذا النّوع النّكاح بعد موت الزّوج أو الزّوجة فيثبت الإرث بالشّاهد والمرأتين وبالشّاهد واليمين، لكن كلّ ما ذكر من الإرث إن لم يكن للميّت وارث معلوم ثابت النّسب يجوز المال كله، وإلاّ فلابدّ من عدلين على النّكاح فإن لم يكونا فلا إرث. ففي رسم الصّلاة من سماع يحيى من كتاب الاستلحاق ما حاصله، عن ابن القاسم في الرّجل يموت وله ولد معروف ثابت النّسب فتدّعي امرأة أنّ الميّت زوجها، أو يقوم معها من يدّعي ميراث الميت فيأتي كلّ واحد منهم بشاهد ويريد أن يستحقّ ميراثه باليمين والشّاهد، أنّ ذلك لا يكون لواحد منهم إذا ادّعوا ذلك وللميّت وارث قد ثبت نسبه بالبيّنة وإنّما يستحقّ الميراث باليمين مع الشّاهد من جاء يطلبه وليس للميّت وارث قد ثبت نسبه بالبيّنة فإن كانت للميّت بنت ثابتة النّسب بالبيّنة، فجاءت امرأة تزعم أنّها امرأته وجاءت بشاهد تحلف مع شاهدها وتأخذ ميراثها ولا يثبت لولدها إن كانت حاملا نسب. قال الشّيخ الرّهوني بعد نقول: فتحصّل أنّ موتها كموته أنّ الصداق كالإرث وأنّ قيد نفي الوارث المعروف لابدّ منه لأنّه مذهب مالك وابن القاسم وغيرهما، ولم يحك الشّيخ أبو محمد ولا ابن رشد ولا اللّخمي ولا ابن فتوح فيه خلافا أصلا.

النّوع الرّابع، شهادة امرأتين فيما لا يطّلع عليه الرّجال، كالمحيض والرّضاع إن فشا قولهما قبل العقد والولادة والاستهلال. ومثله إذا شهدتا بأنّه ذكر أو أنثى، فإن كان الجسم غائبا حلف الطّالب مع شهادتهما واستحقّ حقّه قاله ابن القاسم ولم يجزها أشهب قاله في المعيّن، وكذا الحمل يثبت بشهادة امرأتين فإن تعارضت شهادتهما مع امرأتين في إثباته قدّمت المثبتة، وكذا عيوب الفرج ولو في الحرائر بناء

على ما جرى به العمل من نظر النّساء إليهنّ، وهو مخالف للمشهور من كون الحرّة مصدّقة مؤتمنة على فرجها وكذا الافتضاض، فإذا شهدت امرأتان به وأنكره الزّوج لزمه جميع الصّداق ولا مقال له، فإن دخل بها وقال ألفيتها ثيّبا وكذّبته وادّعت أنّه افتضّها ولم يكن هناك أثر الافتضاض، فيقبل قوله في القرب جدّا وإلاّ فلا، ففي جواب للأستاذ أبي سعيد بن لبّ: ولا اعتبار بنظر القوابل إذا نظرن إلى الثّيّب بعد أيام من دخول الزّوج وإن شهدن بأنّ القطع قديم فلا حجّة للزّوج في ذلك، لأنّه قد يكون الافتضاض في أوّل دخوله وبدأ الجرح يندمل، لأنّ العادة أنّه يبرأ بالقرب وإنّما يعتبر ذلك على ما فيه من الخلاف إذا نظرن إليه صبيحة ليلة دخوله وما قرب منها جدّا، بحيث لا يمرّ من الزّمان ما يكون فيه برء عادة. اهـ.

القسم الثّاني، الشّهادة التي توجب الحقّ مع اليمين وهي أربعة أنواع.

-الأوّل؛ شهادة العدل في المال وما يؤول إليه، فيحلف المشهود له ويقضى له. وهذا كدعوى البيع والشّراء والإجارة والشّركة والمساقاة، والجعل والقرض والوديعة والعارية والهبة والصّلح عن إقرار أو إنكار والحبس على معيّن، ففي المتيطيّة: وإن شهد شاهد بصدقة أو حبس على معيّنين حلفوا مع شاهدهم واستحقّوها وإن كان على غير معيّن حلف المشهود عليه وبرئ فإن نكل حكم عليه به. قال: وإن كانت الصّدقة أو الحبس على بني فلان، فروى ابن الماجشون عن مالك؛ أنّه يحلف الجلّ معه وينفذ لجميعهم، وفي كتاب ابن حبيب: إن حلف منهم واحد نفذ له ولغيره وروى محمد عن أصحابه أنّه لا يجوز فيه اليمين مع الشّاهد. اهـ.

وكذا يثبت حكم الحاكم في المال بالشّاهد واليمين على المعتمد. وهو قول مطرّف وأصبغ وهو ظاهر المدوّنة. قاله أبو علي. وكذا الإيصاء بالتصرّف في المال يثبت بالشّاهد واليمين.

-النوع الثّاني؛ شهادة امرأتين في المال وما يؤول إليه.

-الثّالث؛ الشّاهد العرفي فيحلف من قام له ويقضى له.

-الرّابع: البيّنة الشّاهدة بظاهر الحال معتمدة على الظنّ لتعذّر القطع بذلك أو عسره. فلابدّ من يمين الطّالب استظهارا على باطن الأمر ففي التّوضيح، كلّ بيّنة شهدت بظاهر فيستظهر بيمين على باطن الأمر. اهـ. وهذا كالشّهادة بالعسر فيحلف مدّعيه الذي قامت له بيّنة به أنّه ليس له مال ظاهر ولا باطن، وإن وجد مالا ليؤدينّ له حقّه وحلفه أنّما هو على البتّ على المذهب كما في التّوضيح، ويستثنى من الشّهادة بالعسر إثبات أحد الأبوين فقرّ نفسه لتلزم نفقته ابنه، فلا تتوجّه اليمين معها على الأب كما تقدّم ونظمه العلاّمة التّاودي بقوله:

وكل من بظاهر قد شهدا ❁ له فحلفه بقطع أبدا

إلاّ أبًا كلّف بالإعسار ❁ لينفق ابنه على المختار

واستثني أيضا من القاعدة العامّة التي نقلناها عن التّوضيح مسائل، الأولى: الشّهادة بعدّة الورثة فإنّها على العلم ولا يحلف معها مقيمها على ما به العمل ففي العمليّات الفاسيّة.

ومن على من رسم الإرث أكمله ❁ من حلف بأنّه لا علم له

وقد قيل باليمين في ذلك أنّه لا يعلم له وارثا غيره وهو ما في سماع أشهب، لكن قال حافظ المذهب ابن رشد: ليس العمل على أن يحلف. اهـ.

الثّانية: الشّهادة بالتّزكية، فإنّهم يقولون "عدل رضى في علمنا" وليس فيها بيمين.

الثّالثة؛ الشّهادة بالملك في استحقاق الأصول على الرّاجح والمعمول به، فلا يمين على المستحق للأصول مع أنّ البيّنة تشهد أنّها ملكه في علمهم، وأنّها لا تعلم خروجها عن ملكه بوجه من الوجوه.

القسم الثّالث؛ الشّهادة التي توجب العقلة وهي شهادة العدلين قبل الإعذار فيهما، وشهادة إثنين محتاجين إلى التزّكية وشهادة العدل وقد تقدّم ذلك في مبحث العقلة في الباب الأوّل.

القسم الرّابع، الشّهادة التي توجب اليمين على المشهود عليه ولا توجب الحقّ للمشهود له، وهي شهادة العدل الواحد أو المرأتين في الطّلاق والعتق والقذف ونحوها ممّا لا يثبت إلاّ بعدلين، فإذا شهد عدل بطلاق المرأة، فإن حلف الزّوج لردّ شهادته، برئ، وإن نكل سجن فإن طال سجنه ديّن والطّول سنة على ما به العمل، وقيل بالاجتهاد. ففي ابن يونس: إن ادّعت امرأة على زوجها طلاقها، لم يحلف الزّوج إلاّ أن تقيم المرأة شاهدًا أو امرأتين ممّن تجوز شهادتهما في الحقوق فيحلف الزّوج، قال مالك: ويحال بينه وبينها حتى يحلف، فإن نكل طلّقت عليه مكانها، وروي عنه: أنه إذا طال سجنه ديّن وترك والطّول سنة وبهذا أخذ ابن القاسم. اهـ. وهو الذي رجع إليه مالك كما في شرح التّاودي على التّحفة واختلف في النّكاح، فقيل تجب اليمين فيه مع الشّاهد وقيل لا تجب وعليه اقتصر خليل وهو المشهور ومثله الرّجعة، قال أبو علي ابن رحّال: عدم توجّه اليمين في النّكاح بشاهد واحد في غير الطارئين وأمّا فيهما فتتوجّه اليمين على منكر النّكاح منهما بشاهد. اهـ.

المبحث التّاسع في شهادة السّماع:

شهادة السّماع هي التي يصرّح فيها الشّاهد باستناد شهادته لسماع من غير معيّن فتخرج شهادة النّقل،لأنّ المنقول عنه فيها معيّن كما تقدّم وتخرج شهادة البتّ، لأنّ الشّاهد لا يصرّح فيها بالسّماع أي لا يشهد به بخلاف شهادة السّماع فإنّه يشهد بالسّماع، إذ يقول: لم يزل يسمع من الثقات وغيرهم أنّ فلان بن فلان عدل أو مات

بأرض كذا وبهذا فارقت شهادة البتّ التي مستندها السّماع، كقول الشّاهد: يعلم شاهده أنّ فلان بن فلان عدل أو مات بأرض كذا ومستنده في ذلك السّماع فهذه بيّنة قطع، وإن كان مستندها السّماع ويدلّ لذلك قول ابن لبّ في جواب له: أنّ الرّسم قد تضمّن علم الشّهود ما شهدوا به وتحقّقهم، وإنّما ذكروا السّماع مستندًا لما علموا وتحقّقوا والخلاف إنّما هو إذا شهدوا بحصول السّماع الفاشي فقط، فحينئذ يرى ابن القاسم وجوب الميراث مع يمين المشهود له ويرى أشهب وغيره ممّن يثبت بها النّسب وجوب الميراث، بلا يمين أمّا إن تضمّنت الشّهادة علم الشّهود وتحقيقهم كما في النّازلة فيثبت النّسب، ويجب الميراث ولا يجب في ذلك يمين على أحد. اهـ. انظر حاشية مهدي على التّحفة.

وصفة شهادة السّماع: أن يقولوا «سمعنا سماعًا فاشيًا؛ من أهل العدل وغيرهم» فيلزم أن لا يعيّن المسموع منه وإلاّ كانت شهادة نقل وأن يجمع بين أهل العدل وغيرهم، وإلاّ كانت ملغاة هذا الذي به العمل واعتمده الموثّقون: الباجي وابن سهل وابن سلمون وابن فتوح والمتيطيّ، ونقله ابن عرفة وأقرّه ونظّمه في العمل المطلق بقوله:

والجمع فيها بين أهل العدل ❁ وغيرهم جاء صحيح النقل
بل قيل فيها أنّها لا تكمل ❁ إلاّ بذاك وبهذا العمل

وهي على ما اختاره ابن شاس وابن الحاجب وغير واحد أنّها تجوز في مسائل معدودة وقع التّنصيص عليها:

الأولى؛ الحمل. فإذا شهدت بيّنة بالسّماع الفاشي، من أهل العدل وغيرهم؛ أنّ الأمة الفلانية حملت من سيّدها فلان حملا ظاهرًا لا خفاء فيه، فإنّها تصير بذلك أمّ ولد إن ادّعت سقوطه، وتصدّق في ذلك إن كان السيّد قد مات أو كان حيّا وأقرّ بوطئها وإلاّ فلا.

الثّانية، النّكاح. فإذا أتى المدّعي منهما ببيّنة بالسّماع الفاشي على النّكاح واشتهاره بالدفّ والدّخان،ثبت على المشهور وبه العمل قاله في اختصار المتيطيّة، وقيّد ابن الحاج المسألة بما إذا كانت المرأة تحت حجابه وفي حوزه وإلاّ لم ينتفع بها، ولا يدخل بالمرأة بسببها وقيّدها أبو عمران بما إذا كان الزّوجان مثقّفين عليه وأمّا إذا أنكره أحدهما فلا، واعترض أبو علي ابن رحّال تقييدهما. فقال: إذا كان لها زوج فلا تنتزع منه بشهادة السّماع وأمّا حيث لا زوج لها أصلا ففي ذلك خلاف، والرّاجح الجواز وأمّا حيث تكون تحت حوز المشهود له فيصحّ بها النّكاح ولا إشكال، وظاهر أنقالهم أنّه يسحقها، ولو أنكرت المرأة النّكاح خلاف ما عند أبي عمران وكذا حيث لا عصمة عليها، خلاف ما عند ابن الحاج. اهـ. ونحوه في الرّهوني ويلزم في بيّنة السّماع بالنّكاح أن تكون مفصّلة كبيّنة القطع بأن تقول «سمى لها كذا، نقد كذا، وأجّل كذا، وعقد وليّها فلان» كما في عبارة المتيطيّ، التي نقلها الحطّاب فلا يكفي الإجمال قاله بناني. ولا اعتداد بما استظهره التّسولي هنا، لأنّه خلاف المنصوص.

الثّالثة، الرّضاع. فإذا قامت بيّنة بالسّماع به ولم يكن للرّجل أن يعقد على المرأة وتنتشر الحرمة، أمّا إذا قامت بيّنة بالسّماع به وكان ذلك بعد العقد على المرأة، فليس لها أن تمنع نفسها بذلك لكونها في حوز الزّوج وعصمته، وبيّنة السّماع لا ينتزع بها من يد حائز والزّوجة هنا محوزة بالعقد عليها فلا تفيد بيّنة السّماع بالرّضاع فيها شيئا.

الرّابعة. الحيض. فتقبل بيّنة السّماع به ويثبت البلوغ والخروج من العدّة.

الخامسة، والسّادسة، النّسب والولاء. قال في الكافي: «الشّهادة على السّماع عند مالك وأصحابه جائزة في النّسب المشهور وفي الولاء المشهور. فإذا قال الشّهود «لم نزل نسمع، أنّ فلان بن فلانا مولى فلان بن فلان، مولى عتاقة» أو «أنّه ابن عمّه» ثبت

بذلك النّسب والولاء، وقال ابن القاسم: لا يثبت بذلك نسب إنّما يستحق بها المال إلاّ أن يكون أمرًا مشتهرًا مثل نافع مولى ابن عمره.اهـ. باختصار وقال ابن رشدن في شرح المسألة الرّابعة عشرة من سماع أبي زيد من شهادات البيان والتّحصيل ما نصّه: وأما إن لم يكن السّماع بذلك مشهورًا يصحّ للشّاهد به الشّهادة على القطع. فقال «لم أزل أسمع من أهل العدل وغيرهم أنّ فلانًا هو ابن فلان أو مولى فلان» ففي ذلك اختلاف قيل: إنّه يثبت بذلك النّسب والولاء وهو قول أشهب، والذي يأتي على قول ابن القاسم في سماع أصبغ في إجازة شهادة السّماع في ضرر الزّوجين وقيل: إنّها لا يثبتها بها النّسب ولا الولاء ويستحقّ بها الميراث وهو قول ابن القاسم في هذه الرّواية وفي المدوّنة، ويتخرّج في المسألة قول ثالث: إنّها لا يثبت بها النّسب ولا يستحقّ بها المال وأنّ المال لا يستحقّ إلاّ بعد إثبات النّسب والولاّء. اهـ. وفي وثائق الجزيري: إنّ بقول ابن القاسم العمل قال في المفيد:وهذا كلّه إذا لم يكن للمال وارث مستحقّ. اهـ.

السّابعة؛ الميلاد. فإذا قالوا «لم نزل نسمع من أهل العدل وغيرهم أنّ هذه الأمة ولدت من فلان» تصير بذلك أم ولد. أو «أنّ هذه المرأة، المطلّقة، أو المتوفّى عنها زوجها ولدت» تخرج بذلك من عدّتها.

الثّامنة، والتّاسعة، الإسلام، والردّة. وينبني على شهادة السّماع بالإسلام، أن يرثه ورثته المسلمون دون الكفّار، وعلى شهادة السّماع بالردّة أن يرثه بيت المال.

العاشرة والحادية عشرة، الجرح، والتّعديل. وينبني عليها قبول شهادة من عُدّل وردّ شهادة من جُرح.

الثّانية عشرة، والثّالثة عشرة، الرّشد والسّفه. وينبني عليها نفوذ تصرّفات من شهد برشده، وردّ تصرّفات من شُهد بسفهه.

الرّابعة عشرة، الإيصاء بالنّظر، أو المال. فتعمل شهادة السّماع فيهما.

الخامسة عشرة، تملّك المشهود له الحائز للعقّار بسبب من أسباب انتقال الملك من القائم أو من أحد آبائه، إذا أقام العقّار بيد الحائز عشرين سنة على ما به عمل أهل قرطبة، كما قاله ابن رشد. قال في المدوّنة: ومن أقامت بيده دارخمسين سنة أو ستّين ثم قدح رجل كان غائبا فادّعاها وثبت الأصل له وأقام بيّن لأبيه أو جدّه وثبتت المواريث حتى صارت له، فقال الذي في يده الدّار «اشتريتها من قوم قد انقرضوا وانقرضت البيّنة» وأتى ببيّنة يشهدون على السّماع فالذي ينفعه من ذلك أن يشهد قوم أنّهم سمعوا، أنّ الذي في يديه الدّار أو أحدا من آبائه ابتاعها من القائم أو واحد من آبائه ثمّ قال: ولو شهدوا أنّه ابتاعها ممّن ذكر منذ خمس سنين لم ينفعه ذلك. قال ابن ناجي: لا عمل على مفهوم خمسين ولا خمس لتعارضهما. ونقل ابن رشد قال: العمل عندنا بقول ابن القاسم بعشرين سنة وهو الذي نظمه صاحب العمل المطلق فقال:

وشرطها الطول وأهل قرطبه ❁ قدما رأوا عشرين عاما أقرّ به

واختلف هل يشترط التّصريح بمدّة السّماع في الرّسم وهو الذي ذهب إليه ابن المكوي وغيره من فقهاء الأندلس معلّلا ذلك باختلاف الفقهاء في قدر المدّة التي تجوز فيها شهادة السّماع أو لا يشترط التّصريح بذلك وهو الذي جرى به العمل عند غير واحد من الموثّقين على ما قاله ابن هارون ونظمه في العمل المطلق بقوله:

وفي وثيقة السّماع أسقطـــوا ❁ مدّته إذ ذاك لا يشتـــــــرط

السّادسة عشرة، الأحباس القديمة، التي مضى عليها نحو العشرين عاما إذا شهدت بيّنة السّماع للحائزين له كما الحطّاب والتّوضيح والتّبصرة أو لمن لا يريد عليه لأحد، ولا يشترط تسمية المحبّس ولا إثبات ملكه في شهادة السّماع بخلاف ما

لو شهد على الحبس بالقطع فإنّه لا يثبت الحبس حتّى يشهدوا بالملك للمحبّس، قاله في التّوضيح وذكره الحطّاب عن ابن رشد قال الشّيخ الرّهوني: ما ذكره الحطّاب يفيد أنّ الموجب لإثبات الملك للمحبّس هو القطع بالحبس، سواء سمّى من شهد بالقطع المحبّس أم لا. والذي أفتى به شيخنا الجنوي أنّ شرط ذلك عند من قال به إنّما هو إن سمّى المحبّس لا إن لم يسمّه، كما في الغرناطي والبّرزلي ونصّ الغرناطي: «الاسترعاء بمعرفة الحبس لابدّ أن تذكر فيه يحاز بما تحاز به الأحباس، وإنّه يحترم باحترامها» ولا تذكر المحبّس له لئلاّ يكلّف القائم بالحبس إثبات موته وتناسخ وراثته وملكه له.اهـ.

ولابدّ في الشّهادة السّماع بالحبس من القطع بأنّه يحترم باحترامها ويحاز بحوزها، فإن شهدوا بما ذكر بالسّماع لا بالقطع بطلت الشّهادة، قاله ابن راشد في الفائق وعظوم في البرنامج قال ابن ناجي: وبه العمل وقد حكمت به كما حكم به الغبريني وأفتى به البرزلي، ومعنى «تحاز بحوز الأحباس وتحترم بحرمتها» إنّ الرّجل يموت فلا ترث زوجته منه والابن يموت فلا ترث أمّه منه، وقد أشار في العمل المطلق إلى المسألة بقوله:

وإن تكن بالحبس الشّهادة ❁ فاعطف على المسموع ذي الزّيادة

أعني بذلك أنّه يحترم ❁ بحرمة الأحباس أي لا يقسم

ولابن ناجي أنّ ذاك يدخل ❁ في القطع قال وبهذا العمل

وكما يثبت أصل الوقف بشهادة السّماع كذلك مصارف الوقف وشروط الوقف تثبت بشهادة السّماع، نبّه عليه الحطّاب في شرح قول خليل في شهادة السّماع "ووقف".

السّابعة عشرة، والثّامنة عشرة، ولاية الحاكم وعزله، ويترتّب على شهادة السّماع بالولاية مضيّ حكمه وبالعزل عدم مضيّه.

<u>التّاسعة عشرة</u>، ضرر الزّوجين. ويترتّب على شهادة السّماع بها ثبوت الخيار لها في تطليق نفسها، هذا الذي ذكره صاحب التّحفة وزيد عليها الصّدقات والخلع والطّلاق والقسمة، والحرابة والإبّاق والفقر والملأ والأسر واللّوث والعتق والموت.

ولا يشترط طول الزّمان فيما يشهد فيه بالسّماع عند ابن هارون إلاّ في ثمانية أشياء:الأملاك والأشرية والأحباس والأنكحة والصّدقة والولاء والنّسب والحيازة. وأما الموت فيشترط فيه تنائي البلدان أو طول الزّمان، واعتمد ابن عرفة كلام ابن هارون في حصره وتبعه ابن غازي. واختار ابن عرفة في شهادة السّماع في الموت بُعد البلدان وقرب الزّمان، قائلا: إذا بعد الزّمان يمكن بتّ الشّهادة بفشو الأخبار، فلا تجوز شهادة السّماع بقرب البلد اهـ.

ولا يقبل في شهادة السّماع أقل من إثنين، واشترط ابن الماجشون أربعة كالزّنى وذلك أنّه مشبه بالشّهادة على الشّهادة وأقلّ ما يجوز من الشّهود في الزّنى أربعة، فاحتيط في شهادة السّماع فجعل أقلّ ما يجوز فيها أربعة شهداء، وصرّح صاحب التّحفة بأنّه يكتفي فيها بعدلين على ما تابع النّاس عليه العمل، ومثله في العمل المطلق حيث قال:

وفي شهادة السّماع قبل ❁ عدلان والمال استحق لا الولا

وهذا هو الذي تجري به الأحكام عندنا اليوم واختلف هل يحتاج إلى يمين المشهود له. فقال ابن محرز[357]: لا يقضى لأحد بشهادة السّماع؛ إلاّ بعد يمينه وهو الذي اقتصر عليه خليل في المخْتصر، وقال ابن عرفة: ظاهر المدوّنة أنّها دون يمين. واستشكل الشّيخ يعيش الشّاوي[358] اليمين في المسائل التي لا تثبت إلاّ بعدلين كالنّكاح والطّلاق، إذ

[357] هو أبو القاسم عبد الرحمن بن محرز القيرواني تفقّه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي والقابسي، وتفقّه به اللخمي وعبد الحميد الصّائغ له تعليق على المدوّنة سمّاه التّبصرة وله الكتاب الكبير المسمّى بالقصد والإيجاز. توفي في حدود سنة 450.

[358] هو أبو البقاء محمد يعيش الشّاوي الرغاوي. الفقيه النّوازلي أخذ عن ابن رحّال ومحمد المسناوي. وأخذ عنه الشيخ التّاودي ومحمد بن عبد الصّادق الدّكالي. له حاشية على شرح التحفة لميارة سمّاها الكواكب السيّارة. مات قتيلا بفاس سنة 1150.

لا فائدة في اليمين فيها لعدم ثبوتها بالشّاهد واليمين.

المبحث العاشر في الشّهادات النّاقصة

قال ابن عرفة في سادسة إقرار مختصره: أصل ابن الماجشون، أنّ الشّهود إذا شهدوا على حقّ ولم يسمّوه أنّ الشّهادة باطلة، وهو قول أصبغ خلاف قول مطرّف وروايته وقول ابن القاسم. اهـ. وقول مطرّف وابن القاسم هو القول بالاستنزال كما في برنامج عظوم ويشكل به ما صوّبه ابن ناجي فإنّه قال في آخر ورقة من شهادات كبيره قال مطرّف فيمن غصب دارًا، فشهدت عليه بيّنة بذلك ولم يعرفوا الحدود فإن عرفها غيرهم تمّت الشّهادة وإلاّ قيل للغاصب ادفع إليه ما غصبته وأحلف عليه. قال ابن حبيب: قال مالك في البيّنة يشهدون بحقّ للرّجل ويقولون لا نعرف عدده، إلاّ أنّا نشهد أنّه بقي عليه حقّ فيقال للمطلوب: أقرّ له بحقّه فما أقرّ به حلف عليه وإن جحده، قيل للطّالب إن عرفته فاحلف عليه وخذه وإن قال لا أعرفه فليسجن المطلوب حتّى يقرّ بشيء ويحلف عليه فإن أقرّ بشيء، ولم يحلف أخذ منه وحبس حتّى يحلف، ولو كان ذلك حظًا في دار حيل بينه وبينها ولا أحبّسه لأنّ الحقّ في شيء بعينه. ابن ناجي: «ما ذكره في غير الدّار مشكل والصّواب بطلان شهادتهم لعدم ضبطهم كقولها في الأيمان بالطّلاق: إن شهد رجلان على رجل أنّه طلّق واحدة من نسائه معيّنة، وقالا «نسيناها» لم تجز الشّهادة إن أنكر الزّوج ويحلف بأنّه ما طلّق واحدة منهنّ، وكان الجاري على ما قال مالك هنا أنّه يحال بينه وبينهنّ حتّى يقرّ بالمطلّقة، لأنّ البيّنة قطعت بأنّ واحدة عليه حرام كما اختاره اللّخمي».اهـ. قال عظوم في برنامجه: يردّ تصويبه بتصويب البراذعي القول بالاستنزال إذا نسي الشّهود بغشّ الشّهادة، ويردّ أيضًا بمسألة الأحكام حيث صرّحوا بصحّة الشّهادة فيها،وما صوّبه ابن ناجي يوافق فرع الشّهادة بالبيع أو بالنّكاح ولم يسمّوا ثمنًا ولا صداقًا، فإنّ قول أصبغ

بطلان الشّهادة وبذلك أفتى إسحاق ابن إبراهيم التّجيبي[359] وذكرها رواية لابن القاسم كما في التّبصرة الفرحونيّة. وهو خلاف عزو ابن عرفة لابن القاسم صحّة الشّهادة إذا لم يسمّوا الحقّ المشهود به وخلاف الشّهادة في مسألة الأحكام، ومسألة الأحكام ذكرها في الطّرر في باب التّعجيز والوانوغي في الوديعة والبرزلي في تاسعة وديعة حاويه وهي: مدّع ادّعى على رجل أنّه أودعه ثيابًا فأنكره فقامت بيّنة أنّه أودعه أعكاما و لا يعرفون ما فيها،ويظنّونها ثيابا،أنّه يسجن و يهدّد فإن أقرّ بشيء حلف عليه كان القول قوله، وإن تمادى على إنكاره حلف صاحب الوديعة على ما يشبه أن يكون يملك مثله ويأخذه بذلك، والظّالم أحق بالحمل عليه وبه القضاء. وقيل: يحلف ولا شيء عليه بعد استبرائه بالسّجن والتّضييق والتّشديد. قال البرزلي: «تجري هذه المسألة، على مسألة من غصب أرضا فشهد بها الشّهود ولا يدرون حدودها ولا يعرفون موضعها وفيها ستّة أقوال، أنظرها في سماع يحيى من استحقاق البيان».اهـ. والأقوال المشار إليها، ذكرها جماعة ومنهم المتّيطيّ، في الغصب مع زيادة فقه في المسألة،

-الأوّل منها بطلان الشّهادة ولا توجب شيئا.

-الثّاني، أنّها توجب التّشديد على المشهود عليه.

-الثّالث، أنّ البيّنة تستنزل إلى ما لا تشك فيه.

-الرّابع، القول قول المغصوب منه.

-الخامس، القول قول الغاصب إلاّ أن يأتي بما لا يشبه فيصير القول قول المغصوب منه.

-السّادس،الفرق بين أن يشهد الشّهود على الأرض بعينها ولا يعرفون حدودها، وبين أن لا يعيّنوا الأرض بل يقولوا غصبه أرضا في القرية. فالشّهادة في الطرف الثّاني

[359] هو المذكور في بداية الكتاب بعنوان "أبو ابراهيم" وقد ذكرت ترجمته هناك.

باطلة لا توجب حكما، وأمّا الأول فيحلف المدّعى عليه على ما أقرّ به ولا يكون عليه شيء إلاّ أن يأتي من الحقّ بما يستنكر فيحلف المدّعي ويستحقّ ما حلف عليه. اهـ. والقول باستنزال الشّاهد إلى أقلّ ما يستنزل ذكر الشّيخ ابن ناجي: «في تاسعة الأيمان بالطّلاق فيه خلافا وأنّ اختيار شيخه البرزلي أنّه لا يستنزل بل تبطل الشّهادة وعزاه أيضا لابن القاسم، وأنّ اختيار شيخه أبي مهدي عيسى الغبريني أنّه يستنزل وهو قول مطرّف».اهـ. وفي طلاق الحاوي عزو الاستنزال إلى رواية مطرّف واختاره اللّخمي. وأفتى به ابن رشد. وعزاه في وديعة الحاوي، لقول مطرّف وفتوى ابن رشد وفي حاشية الطرابلسي[360] عند قول المدوّنة: «قيل لمالك فيمن شهد بين رجلين بحقّ فنسي بعض الشّهادة وذكر بعضها، فقال إن لم يذكرها كلّها فلا يشهد ما نصّه قوله «فقال إن لم يذكرها كلّها فلا يشهد»، قال المغربي: هذا قول لمالك وابن القاسم رحمة الله تعالى عليهما، وقال ابن كنانة وغيره يستنزل إلى ما لا يشكّ فيه وهو عمدة أهل السّجلات. وهذا في الشّهادة على عدد متماثل كذا فسّرها مالك رحمه الله في العتبيّة، وإن كانت الشّهادة على فصول فهي كالشّهادات فلا تبطل إلاّ في ذلك الفصل الذي نسيها فيه، إلاّ أن يكون مرتبطا بغيره فتبطل فيه وفي غيره.اهـ. قال أبو علي ابن رحّال: قول أبي الحسن «وهو الذي اعتمده أهل السجّلات» مع قول أبي مهدي «لا ينبغي أن يختلف فيه» يدلّ على قوّة القول بالاستنزال مع ظهوره في نفسه، لكن في الحطّاب عن ابن رشد: إذا لم يأت الشّاهد بالشّهادة على وجهها وسقط عن حفظه بعضها فإنّه تسقط بإجماع، الخ. فانظر هذا الإجماع ومثله في الرّهوني، قائلا: لا يصحّ الاتّفاق، فضلا عن الإجماع.اهـ. وقد أحسن عظوم في برنامجه في الجمع بين ما ذكره ابن رشد كما في التّبصرة والبرزلي، وبين ما ذكره أبو الحسن وأبو مهدي بحمل كلام ابن رشد

[360] هو عبد الرّحمن الغرياني له حاشية جيّدة على المدوّنة أخذ عن أصحاب ابن عرفة كأبي يوسف يعقوب الزّغبي.

على ما إذا كانت ذات فصل واحد، أو كانت ذات فصول والفصل المنسيّ مرتبط بالمذكور، أمّا إذا شهد أنّ لفلان دينارا ولفلان عشرة ونسي عددا آخر لرجل نسيه، فإنّما يبطل الفصل المنسيّ برأسه دون سائر الفصول التي ذكرها.اهـ.

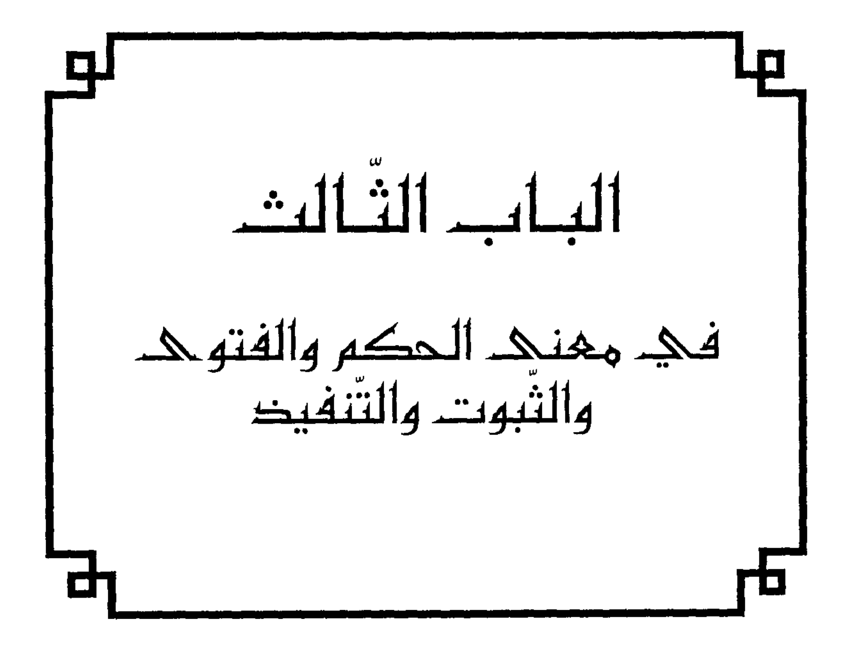
وقد تحصحص ممّا جلبناه أنّ الأقوال القويّة في الشّهادة النّاقصة ثلاثة؛

-الأوّل؛ بطلانها وهو الذي رجّحه الرّهوني قائلا: يكفي في رجحانه كونه قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدوّنة والعتبية، نصّا مع حكاية ابن رشد الإجماع عليه وقد علمت ما في حكاية الإجماع من الإشكال على ما لأبي علي والرّهوني وفهم عظوم له.

-الثّاني؛ أمر المطلوب بالإقرار بشيء ويحلف عليه ليبرأ فإن أبى قيل للمدّعي عيّن شيئا واحلف عليه، فإن قال لا أعرفه أو أبى سجن المطّلوب إن لم يكن المدّعي فيه شيئا معيّنا فإن كان شيئا معيّنا، حيل بينه وبين المطلوب ولا يصل إلى ذلك الشيء المعيّن، حتّى يقرّ منه بحقّ أو يسميّ من ذلك ما سمّى ويحلف على ذلك، وهي رواية مطرّف عن مالك قال ابن حبيب: قال لي مطرّف وقد كنّا نقول وغيرنا إذا لم يعرف الشّهود الحقّ الذي شهدوا به أو نسوه فلا شهادة لهم، ولا حقّ لهذا حتى سألنا مالكا رحمه الله عنها وتكلّم فيها فأخذنا بقوله، وحكم به عندنا غير مرّة وصار منهاجا للحكّام ودليلا على هذا النّوع من الدّعوى والشّهادة فيها، نقله صاحب التّبصرة مستوعبا وابن هارون في مختصر المتيطيّة مختصرا ونظّمه في العمليّات الفاسيّة بقوله:

لو شهدوا لقائم في دار ❁ بحصّة مجهولة المقدار
قيل لمطلوب بما شئت اعترف ❁ منها لطالب وكمّل بالحلف
فإن أبى قيل لطالب الضّنين ❁ ما شئت سمّه وخذه باليمين
فإن أبى فالدّار أخرج من يدي ❁ مطلوبها حتى يقرّ بشيء

-القول الثّالث الاستنزال إلى ما لا يشكّ فيه وهو قول مطرّف وقول ابن القاسم،وأفتى به ابن رشد واختاره أبو مهدي عيسى الغبريني قائلا: لا ينبغي أن يختلف فيه.



الباب الثّالث

في معنى الحكم والفتوى والثّبوت والتّنفيذ

وفي خطاب القضاة –

وفي ضـــابط ما يفتقر للحــكم وما لا يفتقر إليه، وفيما يحصـــل به الحكم.

وفي تصرّفات الحكّام ليست أحكاما ولغيرهم من الحكّام نقضها أو تغييرها.

وفي المـــواطن التي يكون الحكم فيـها جزّئيا والمواطن التي يكون فيها كلّيا.

وفي المـواضـع التي يـدخلـها الحكم استقلالا أو تـضمّـــنا.

وفي معنى الحكم بالصحّة والحكم بالموجب، والحكم الضّمني والحكم الفعليّ والحكم المختلف فيه والحكم بالمختلف فيــــــــــه.

وفي الأحـــكام التي يجوز تعقّبها والتي لا يجوز تعقّبــــــها.

والتّحجير على القاضي الذي يلزم قبوله والتحجير عليه المــــردود.

والتّخصيص في القضاء والتّعميم فيه، واشتراط الحكم بمذهــب معيّن.

وفيه تسعة فصول

الفصل الأوّل
في معنى الحكم والفتوى والثّبوت والتّنفيذ

الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق فيما يقع فيه النّزاع لمصالح الدّنيا.

فإنشاء الإلزام كالحكم على الإنسان بإلزامه بإنفاق ولده أو والده، أو بتسليم الولد لأمّه لثبوت استحقاقها حضانته، أو بتسليم المشفوع فيه للشّفيع لاستحقاقه الشّفعة. وإنشاء الإطلاق كالحكم بزوال الملك عن أرض زال الإحياء عنها، والحكم بزوال الملك عن صيد ندَ عن حائزه وصار غير مقدور عليه، فإنّهما يصيران مباحين والتّقييد بما يقع فيه النّزاع لمصالح الدّنيا لإخراج ما يشجر فيه الخلاف لمصالح الآخرة، فإنّه لا يكون موردا للأحكام. والحكم فيه على فرض وقوعه يتنزّل منزلة الفتوى وهذا كمسائل العبادات ومدارك الأحكام. قال القرافي في الإحكام في الجواب عن السؤال السّابع عشر: الحكم بشيء لمدرك مختلف فيه ليس حكما بالمدرك بل بمقتضاه. ويوضّحه أنّ الحكام لم يقصد الحكم إلاّ في أثر ذلك المدرك ولم يقصد الحكم في المدرك بل القضاء في المدارك محال،لأنّ النّزاع فيها ليس من مصالح الدّنيا بل من مصالح الآخرة، وتقرير جميع قواعد الشّرع وأصول الفقه من هذا الباب لم يجعل الله لأحد أن يعيّن أحد القولين بحكم، وإنّما يحكم بمقتضى أحد القولين.

والفرق بين الحكم والفتوى، أنّ الحكم من وادي الإنشاء، ويترتّب عليه الجبر وأما الفتوى فمن باب الإخبار لأنّها عبارة عن إخبار المفتي مستفتيه عن حكم الشّارع في اعتقاده، ولا مجال فيها للإلزام فللمستفتي أن يأخذ بقول عالم آخر في الحادثة التي استفتى فيها، ويعرض عن الفتوى الأولى. بخلاف الحكم فلا خيرة فيه للمحكوم

عليه ويُلزَم بالحكم وينفّذ عليه، سواء أطال به نفسا أو وجد جرحا فيما قضي به عليه. ومن هنا يتبيّن أنّ ما كان يفعله بعض القضاة من أمر المحكوم عليه بالدّخول تحت الحكم، والإشهاد عليه بالرّضى به والإذعان له ممّا لا معنى له لأنّه يلزمه رضى أم لا. وربّما غلا بعض القضاة فسجن المحكوم عليه إذا أمره بالتّصريح بالدّخول تحت الحكم ليشهد عليه به، فأبى أو صرّح بالامتناع من الدّخول. وكان بعضهم يستدلّ بقول الله جل وعلا ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ وهو خطأ صراح، لأنّ الآية الكريمة نزلت في قضية شراج الحرّة التي اختصم فيها الزّبير وأحد الأنصار، فأمر عليه الصّلاة والسّلام الزّبير بأن يسقي ثم يرسل الماء لجاره. فقال الأنصاري: أن كان ابن عمّتك فتلوّن وجه النبيّ صلى الله عليه وسلم، ثم قال للزّبير: أمسك الماء حتى يبلغ الجُدُر ثم أرسله فاستوفى للزّبير حقّه، وكيف يصحّ أن يقاس أحد القضاة برسول الله صلى الله عليه وسلّم والعصمة في حقّه عليه الصّلاة والسّلام، لا يتطرّق ساحتها ريب. والارتياب في نزاهته يزجُّ بصاحبه في ظلمة الكفر والارتداد بخلاف غيره من أفراد الأمّة، قال القاضي أبو بكر بن العربي[361] في أحكام القرآن كلّ من اتّهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحكم فهو كافر لكنّ الأنصاري زلّ زلّة فأعرض عنه النبيّ صلّى الله عليه وسلّم وأقال عثرته لعلمه بصحّة يقينه، وأنّها كانت فلتة وليست لأحد بعد النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، وكلّ من لم يرض بحكم الحاكم بعده فهو عاص آثم.اهـ. والمراد بعدم الرّضى في كلام القاضي عدم الانقياد الظّاهري لا الباطني، يدلّ على ذلك قول الشهاب القرافي في الفرق الثّالث والعشرين بعد المائتين: إنّما حرم على

[361] هو القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي الحافظ النظّار الإشبيلي، له تآليف كثيرة منها عارضة الأوذى والقبس والعواصم من القواصم وأحكام القرآن وترتيب الرّحلة. توفي 543 منصرفه من مراكش وحمل إلى فاس ودفن بباب المحروق.

المحكوم عليه المخالفة لما فيها من مفسدة مشاقّة الحكّام وانخرام النّظام، وتشويش نفوذ المصالح وأما مخالفته بحيث لا يطّلع عليه حاكم ولا غيره فجائزة.اهـ.

وأمّا الثّبوت فعبارة عن قيام الحجّة على ثبوت السّبب عند الحاكم، فإذا ثبت بالبيّنة أنّ السيّد أعتق شقصا له في عبد، أو أنّ النّكاح كان بغير وليّ أو بصداق فاسد أو أنّ الشّريك باع حصّته من أجنبيّ في مسألة الشّفعة، أو أنّها زوجة للميّت حتّى ترث ونحو ذلك من ثبوت أسباب الحكم، فإن بقيت عند الحاكم ريبة أو لم تبق ولكن بقي عليه أن يسأل الخصم: هل له مطعن أو معارض ونحو ذلك. فلا ينبغي أن يختلف في هذا أنّه ليس ثبوتا ولا حكما لوجود الرّيبة أو عدم الإعذار. وإن قامت الحجّة على سبب الحكم وانتفت الرّيبة وحصلت الشّروط، فهذا هو الثّبوت والحكم من لازمه. قاله الشّهاب القرافي في الإحكام. وممّا يدلّ على أنّ الثبوت غير الحكم دخوله في العبادات والمواطن التي لا حكم فيها بالضّرورة إجماعا، فيثبت هلال شوّال وهلال رمضان وتثبت طهارة المياه ونجاستها، ويثبت عند الحاكم التّحريم بين الزّوجين بسبب الرّضاع والتّحليل بسبب العقد ومع ذلك لا يكون شيء من ذلك حكما. وإذا وجد الثّبوت بدون الحكم كان أعمّ من الحكم والأعمّ من الشيء غيره بالضّرورة. قال القاضي ابن عبد السّلام: وليس قول القاضي «ثبت عندي كذا» حكما منه بمقتضى ما ثبت عنده، فإنّ ذلك أعمّ منه قال: وإنّما ذكرنا هذا لأنّ بعض القرويّين غلط في ذلك وألّف المازري جزءا في الردّ عليه جلب فيه نصوص المذهب.اهـ.

ونقل البرزلي في نوازله عن ابن رشد جوابين مختلفين في المسألة: سئل عن بيّنة ثبتت عند قاض وأشهد على نفسه بثبوتها ثم عزل وولي غيره، هل يكرّرون شهادتهم عند الثّاني أو لا. وهل إثبات العقد عند الأوّل يجري مجرى الحكم أو الشّهادة على الشّهادة، فلا يشهد الفرع حتى يتعذّر الأصل فأجاب: إشهاد القاضي

بثبوت العقد حكم بعدالة البيّنة عنده فلا يعيدون عند غيره لأنّه إذ ذاك لا يحكم بها إلاّ بعد علمه بعدالتهم أو تزكيتهم عنده، وإذا ثبت عنده أنّ القاضي الأوّل أشهد بثبوت العقد عنده قضى بشهادتهم بعد الإعذار دون تزّكية وإن لم يعرف عدالة. اهـ. وهذا الجواب يقتضي أنّ الثّبوت جار مجرى الحكم. وسئل أيضا عمّن له حقّ ثبت بشاهدين عند قاض، وأشهد القاضي بثبوت الحقّ عنده بعدلين ثمّ نقل الحكم لآخر هل تعيد بيّنة الأصل شهادتها عند القاضي، وإذا أعيدت فهل يعذر في بيّنة ثبوت الحقّ وإذا أعذر إليه وكانت مبرّزة، هل يُمكّن من القدح بغير العداوة وهل يجرّحهما من هو أقلّ منه عدالة؟ فأجاب: الوجه إعادة شهود الأصل شهادتهما عند المنقول إليه الحكم أو من يبعثه إن كان في بلد آخر. ولا يمكّن الخصم من القدح في شهود الحكم بالإسفاه مع تبريزهما بل بالعداوة والهجر، إذ قد يقع من البارز في الفضل والصّلاح، هذا المختار ممّا قيل فيه وتجريحه بالعداوة ممّن هو فوقه[362] أو مثله أو دونه.اهـ.

قال البرزلي: «ظاهر هذا الكلام أنّ قول القاضي ثبت» ليس هو كإنفاذ حكمه حتى يصير محترما، وهذه المسألة ذكر شيخنا الإمام –يعني ابن عرفة– أنّها وقعت بين يدي ابن عبد السّلام وحكم بأنّ «ثبت» من قول القاضي ليس بتنفيذ[363] حكم ونقله عن المازري. قال: لا يكون قول القاضي» ثبت عندي كذا» حكما بمقتضى ما ثبت عنده فإنّ ذلك أعمّ منه. قال ابن عرفة: قلت للشّيخ ابن عبد السّلام قول المازري: اختلف العلماء في اقتصار القاضي على تسمية بيّنة ثبتت عدالتها، عنده هل ذلك كنقل شهادة عن شهادة أو كالقضيّة المنفّذة[364]. فمن رآه كالقضيّة المنفّذة تناقض

[362] أي في العدالة.

[363] أي إبرام.

[364] أي المبرمة.

في تفريقه بين أن يحكم القاضي أو يسمع بيّنة عليه ويحكم بثبوتها عنده، لأنّ حكمه بثبوتها عنده يمنع القاضي الآخر من الاجتهاد في ثبوتها، وكذلك من أجرى ذلك مجرى نقل الشّهادة عن الشّهادة تناقض لأنّ القاضي واحد، وإذا كان قوله «ثبت عندي بشهادة فلان وفلان نقلا فنقل واحد شهادة شهود لا يعوّل عليه، لكنّهم جعلوا حرمة القضاء ومنصبه يُصيّر القاضي وإن كان واحدا كالإثنين نقلا، لأنّ له تنفيذ ما شهد عنده فينفّذ ما قضى وإن كان واحدا، وكذا نقله عن شهود شهدوا عنده على غائب ليس بقضيّة محضة ولا نقل محض بل هو مشوب بالأمرين فينظر أولاهما به فينسب إليه، فقال لي: نقلك عن المازري أنّ قول القاضي «ثبت عندي» أنّه كالقضيّة المنفّذة عند، بعضهم بعيد فإنّه ألّف جزءا خطّأ فيه من قال ذلك فأوقفته بعد انقضاء مجلس الدّرس على قول المازري المتقدّم، فدخل منزله وأخرج إليّ الجزء الذي ألّف المازري يقتضي ما ذكره الشّيخ. قال ابن عرفة ولبابه أنّ بعض القضاة أنفذ كتابا لقاض ذكر فيه «وثبت لديّ أنّ فلانا وفلانا اشتريا من فلان في عقد واحد كذا وكذا بينهما بثمن سمّاه، فسألني الحامل لهذا الكتاب إنهاء جميع ذلك للقاضي ليفعل فيه موجبه، فاتّفق رأي الجماعة الذين استرشدوا فيه على أنّه لا يوجب نقل ملك البائع فتتعلّق به الأحكام التّابعة لنقل للملك من الشّفعة وغيرها، وعن تعلّق الشّفعة وقع الكلام والدّليل على أنّ هذا الكتاب لا يوجب على الشّفيع أخذ الشّفعة أو تركها أنّها لا تجب إلاّ بعد انتقال الملك، لأنّ بيع الخيار لا تجب فيه شفعة ما لم يبتّ، والملك قد انتقل فيه على أحد القولين عندنا. والملك لا يثبت انتقاله إلاّ إذا اعترف به المتعاقدان أو حُكم به عليهما عند الإنكار. وهذا الكتاب لم يذكر فيه اعتراف البائع بالبيع ولا صرّح من بعد بأنّه حكم بالبيع وقضى به بل أورد لفظا محتملا للحكم ولما سواه، ولا تلزم القضايا والأحكام بلفظ فيه إشكال وإبهام. واللّفظ المحتمل هو قول القاضي

«وثبت عندي أنّ فلانا اشترى من فلان» وقوله «ثبت عندي» لفظ يتردّد بين ثبوت حكم، وبين استماع لما أثبته من بيّنة زكيّة دون إيقاع حكم وإبرام قضيّة، فإنّ الثّبوت لغة حصول أمر وتحقّقه. يقال ثبت خصب أرض كذا ممّا لا يصحّ أن ينصب له الحاكم وتطلب فيه القضايا والأحكام، والرّوايات مسطورة بصحّة ما قلناه قال أشهب: إذا كتب قاض إلى قاض بأمر مختلف فيه والمكتوب إليه لا يرى ذلك الرّأي فإن كتب إليه أنّه حكم بما في كتابه وأنفذه جاز ذلك وأنفذه هذا. وإن لم يكن قطع فيه الحكم وإنّما كتب بما أثبت عنده الخصم فلا ينبغي له أن يعمل برأي الكاتب، ومثله لابن حبيب عن الأخوين (مطرّف وابن الماجشون). وفي الموازّية: «يجب إنفاذ ما في كتاب القاضي لقاض إن كان فيه «قضيت لفلان على فلان» وإن لم يكن في الكتاب الفراغ من الحكم فعلى المكتوب إليه أن يتمّ الحكم ولا يستأنفه.اهـ. قال الشّيخ ابن عرفة: مسألة النّزاع بين المازري ومنازعيه مبنيّة على تحقيق أمرين؛ أحدهما أنّ فاعل «ثبت» إذا كتب قاض لقاض آخر بلفظ «ثبت كذا عندي» هل هو بمنزلة المقضيّ به عنده أم لا، والحقّ أنّه مختلف فيه على قولين: الأوّل أنّه ليس كالمقضيّ به وهو ظاهر قول ابن رشد، في مسألة تسمية القاضي في كتابه من شهد عنده ما نصّه: لأنّ كتاب القاضي للقاضي بما ثبت عنده على رجل في بلد المكتوب إليه ليس بحكم على غائب، والثّاني أنّه كالمقضيّ به وهو ظاهر فهم ابن رشد المذهب حيث قال: إن كتب بثبوت شهادة البيّنة فقط، لم يؤمر بإعادة شهادتهم وإن كتب بتعديلهم أو بقبوله إيّاهم إلى آخر كلامه. ونصّ المازري في شرح التّلقين على أنّه مختلف فيه بين العلماء، ولم يصرّح فيه عن المذهب بشيء ونقل الشّيخ عن أشهب أنّه ليس كالمقضي به. الثّاني، أنّ مسمّى «اشترى» هل يقتضي ثبوت ملك المشتري لما اشترى أم لا؟ فالمازري ومن وافقه على فتواه من فقهاء المهديّة يقول إنّه لا يقتضي ملكه وخصمه، يقول: يقتضي ملكه وهو

ظاهر المدوّنة عندي منها قوله في الزّكاة. الأوّل من اشترى بمال حلّ حوله ولم يزكّه خادمًا فماتت فعليه الزّكاة وفي الجهاد من اشترى من المغنم أم ولد رجل أو ابتاعها من حربيّ فعلى سيّدها أن يعطيه جميع ثمنها، وفي الشّفعة من ابتاع شقصا بثمن إلى أجل فللشّفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل، إلى غير ذلك ممّا يعدُّ كثرة فعلى هذا مقتضى العدل إن ثبت أنّ قول القاضي «ثبت عندي» كالمقضيّ به يكون الصّواب فتوى منازع المازري وإلاّ فلا. قال البرزلي: وفي هذا الاستقراء نظر لأنّ هذه الأحكام مرّتبة على صحّة البيع قبلها فتأمّل، ونقل في الحاوي عن المازري أنّ سحنونا وأشهب ومطرّفا وابن الماجشون فرّقوا بين ما ينفّذ من الأحكام وبين ما اقتصر فيه على الإثبات. وذكر أنّه سأل شيخه أبا العباس ابن حيدرة[365] عن شهيدين شهدا على رسم، ورفعا عند القاضي وأثبت الرّسم بعدول ثم خاطب عليه القاضي، ثم رفعت يد الأصول بجرحة فأجابه بأنّه لا يعمل بها.

قلت قول الشّيخ ابن عرفة: ظاهر فهم ابن رشد المذهب على أنّ الثّبوت كالمقضي به، لإيجابه بناء الثّاني على فعل الأوّل فيه نظر، لاحتمال أنّ وجوب البناء على فعل الأوّل لمصلحة تقصير زمن الخصام، والثّقة بما فعله الأوّل لعلمه وعدالته مع عدم طرو ما يوجب إعادة النظر، وربّما يستفاد هذا ممّا نقله ابن فرحون في التّبصرة في صفحة 88 من الجزء الأوّل عن الشّيخ تقي الدّين السّبكي[366]، أنّ فائدة الحكم بالثّبوت عدم احتياج حاكم آخر إلى النّظر وجواز التّنفيذ في البلد فإنّ في تنفيذ الثّبوت في البلد من غير اقترانه بحكم خلافا، فإذا صرّح بالحكم جاز التّنفيذ فهما فائدتان.

[365] هو أبو العبّاس أحمد بن محمد بن قاسم بن محمد ابن حيدرة كان معاصرًا لابن عرفة أخذ عن ابن عبد السّلام. وأخذ عنه ابن علوان وعيسى الغبريني والبرزلي، تولّى قضاء الأنكحة بتونس ثم قضاء الجماعة وتوفي سنة 778.

[366] هو علي بن عبد الكافي السّبكي: الشّافعي المذهب، الجامع لأشتات العلوم وُلّي قضاء الشام سنة 739 من تآليفه الابهاج في شرح المنهاج. وقد استوفى ابنه الشيخ تاج الدين في طبقاته، أسماء كتبه وما قاله العلماء فيه. مولده سنة 683 وتوفي في القاهرة سنة 756.

ونقل عنه أيضا أنّ الثّبوت تارة يضاف إلى السّبب الذي نشأ عنه الحكم، وتارة يضاف إلى قول القاضي وتارة يضاف إلى الحكم، فالأوّل كإثبات جريان عقد الوقف أو البيع أو الهبة أو النّكاح، والثّاني قول القاضي: ثبت عندي قيام البيّنة بهذه العقود أو ثبت عندي الإقرار بها أو بالدّيْن مثلا، وأنّ معنى ثبوت قيام البيّنة تزكيتها وقبولها قال: وقد تردّد الفقهاء في أنّ الثّبوت حكم أو ليس بحكم. وعند الحنفية أنّه حكم ولا يتّجه في معنى كونه حكما إلاّ أنّه حكم بتعديل البيّنة وقبولها وجريان ذلك المشهود به. وأما صحّته أو الإلزام بشيء فلا، والثّالث كقوله: ثبت عندي أنّ هذه الدّار وقف أو ملك فلان أو أنّ هذه المرأة زوجة فلان، فهذا مثل الحكم فلا يمكن التعرّض لنقضه،إلاّ أن يتحقق أنّ مستنده جريان عقد مختلف فيه، كقول الحنفيّ «ثبت عندي أنّ هذه زوّجت نفسها» ونحو ذلك فحينئذ يعود الخلاف في أنّ الثبوت حكم أم لا. ويقوى جريان الخلاف فيه. فإن قلنا أنّه حكم امتنع على حاكم آخر إبطاله وإن قلنا أنّه ليس بحكم لا يمتنع، ومن يقول ينقض حكم القاضي بلا وليّ لم يمتنع عنده على الوجهين جميعا. ولو لم يصرّح القاضي ببيان السّبب واقتصر على قوله «ثبت عندي أنّها زوجة» وعلم ببيّنة أخرى أنّ مستنده تزويجها نفسها، فالظّاهر أنّ الأمر كذلك لكن العلم بذلك صعب، لاحتمال أن يكون جاء وليّها فجدّد عقدها بحضوره في غيبة من شهد عليه بالثّبوت المطلق، وبتزّويجها نفسها وإن كان احتمالا بعيدا. اهـ. قلت؛ ما ذكره الشّيخ تقيّ الدّين في القسم الثّالث لا يتمشّى على المعوّل عليه عند المالكيّة في الثّبوت.فإنّ المعتمد عندهم أنّ الثّبوت من القاضي العالم العدل يغني القضاة عن إعادة النّظر فيما ثبت، ما لم يحصل ما يوجب إعادة النّظر لا فرق في ذلك بين الثّبوت المضاف إلى السّبب وبين الثّبوت المضاف إلى ما يحكم به. على أنّ قول القاضي ثبت عندي أنّ هذه المرأة زوجة فلان أو أن أنّ هذه الدّار وقف فلان أو ملك فلان، لا يزيد

على إضافة الثّبوت إلى السّبب إلاّ بظهور الإعذار فيه ظهورا بيّنا، وذلك غير مؤثّر بدليل أنّه لو طرأ بعد ثبوت قيام البيّنة والإعذار فيها وقبل الحكم؛ رجوع من الشّاهد عن الشّهادة لوجب أن يبطل الثّبوت الأوّل، كما لو طرأ بعد ثبوت قيام البيّنة موجب جرح أو طرأ بعد ثبوت أهليّة المعاملة موجب حجر.

وإذا اتّضحت حقيقة الثّبوت فهناك بعض أنواع من تصرّفات القاضي، التي هي من الثّبوت ولا تلمسها يد الأحكام أبدا.

-النّوع الأوّل؛ إثبات الصّفات في الذّوات كأن يثبت عند الحاكم الجرح أو العدالة، أو أهليّة الإمامة للصّلاة أو أهلية الحضانة أو أهلية الوصيّة، أو أهلية التّصرّف في ماله كالتّرشيد، أو أهلية المنع من التصرّف. فكلّ هذه الأشياء من قبيل الثّبوت ويجوز لغير المثبت من الحكّام أن لا يقبل من عدّله قاض ويعتقد فسقه إذا ثبت سببه عنده، ويقبل من ثبتت جرحته عند قاض إن ثبتت عنده عدالته، وأن يطلق من حجَّر عليه قاض ويحجّر على من أطلقه قاض آخر إذا تحقّق عنده نقيض ما تحقّق عند الأوّل.

-النّوع الثّاني، إثبات أسباب المطالبات كثبوت الدّيون على الغرماء والنّفقات للأقارب والزّوجات، وأجرة المثل في منافع الأعيان فهذه الأمور وما شاكلها إذا لم يحصل حكم بها، وإنّما نهضت الحجّة بها عند القاضي فلقاض آخر أن يغيّر ما ثبت عند الأوّل، إذا ثبت موجبه.

-النوع الثّالث، حجج أسباب الاستحقاق كأن يثبت عند القاضي التّحليف ممّن يتعيّن عليه الحلف، وإقامة البيّنات ممّن أقامها والإقرارات من الخصوم ونحو ذلك، فهذه الأفراد وما شاكلها من الثّبوت وللحاكم أن ينظر فيها ويثبت ما أثبته القاضي الأوّل أو يبطله، بل إذا اطّلع فيها على خلل تعقّب ما ثبت عند غيره. ولا يكون ذلك الإثبات السّابق مانعًا من تعقّب الخلل في تلك الحجج.

-النّوع الرّابع: إثبات أسباب الأحكام الشّرعيّة نحو الزّوال ورؤية الهلال في رمضان وشوال وذي الحجّة، ممّا يترتّب عليه الصّوم أو وجوب الفطر أو فعل النّسك. فكلّ ذلك من وادي الثّبوت، وللمّالكيّ أن لا يصوم في رمضان إذا أثبته الشّافعي بواحد، لأنّه ليس بحكم وإنّما هو إثبات سبب فمن لم يكن ذلك عنده سببًا، لم يلزمه أن يرتّب عليه حكمًا قاله القرافي في الإحكام.

وأمّا التّنفيذ، فمعناه بالنّسبة لحكم نفسه الإلزام بالحبس، وأخذ المال بيد القوّة ودفعه لمستحقّيه وتخليص سائر الحقوق وتمكينها بأيدي مستحقّيها كتسليم الولد لحاضنته وإرجاع المعتدة من طلاق لبيت سكناها، وإيقاع الطّلاق على من يجوز له إيقاعه عليه ونحو ذلك، فالتّنفيذ غير الثّبوت والحكم بل يأتي في الدّرجة الثّالثة، إذ أوّل ما يسبق ثبوت الشّيء ثم الحكم به ثم تنفيذه وقد تجعل للحاكم قوّة التّنفيذ وقد تسلب منه[367] كما هو الحال اليوم.

وأمّا التّنفيذ بالنّسبة لحكم غيره فأن يقول فيما تقدّم الحكم فيه من غيره، ثبت عندي أنّه ثبت عند فلان من الحكّام كذا ومثله إذا قال: ثبت عندي أنّ فلانًا حكم بكذا فهذا ليس حكمًا من المنفّذ البتّة، ولا مفيدا لصحّة الحكم السّابق إلاّ أن يقول القاضي الثّاني: حكمت بما حكم به الأوّل وألزمت بموجبه ومقتضاه. ومتى كان الحكم الأوّل مستوفيا شروط الصحّة يلزم تنفيذه وإلزام المحكوم عليه به، إن اتّحد الحاكم الأوّل: والمنفّذ الثّاني مذهبًا، فإن اختلفا مذهبا فهل يلزم الثّاني تنفيذ حكم القاضي الأوّل وإلزام المحكوم عليه بدفع المال الذي حكم عليه به القاضي، وإلزام الزّوجة المحكوم عليها بصّحة النّكاح، وتمكين الزّوج منها مع أنّ مقتضى مذهبه خلاف ما نفذ به ذلك

---

[367] اقتضت التّراتيب أنّ السّلط التنفيذيّة تكون مستقلّة عن السّلط الحكميّة، فالمنفّذ هو شيخ المدينة في الحاضرة وعامل الجهة في غيرها، وإذا صدر حكم من القاضي فالمحكوم له يتسلّم نسخة من حكمه وينهيه إلى المدينة أو عامل الجهة لأجل التّنفيذ.

الحكم، في ذلك قولان حكاهما المازري: أحدهما أنّه يقف عن تنفيذه وإبطاله لأنّه إن نفّذه وألزم المحكوم عليه ما فيه، ألزمه ما لا يرى أنّه الحقّ عنده والثّاني أنّه ينفّذه ويلزم المحكوم عليه ما تضمّنه الحكم، لأنّ توقفّه عن إنفاذه كإبطاله وهو ممنوع من نقض الأحكام المجتهد فيها، وذكر في المفيد أنّ الثّاني هو الذي به العمل. قلت؛ وعملنا التّونسي على هذا الثّاني وذلك أنّ القاضي الحنفيّ إذا حكم بصحّة البيع فيما بيع على الكمشة المجهولة، أو بصحّة الوقف الخالي عن الحيازة وترفع بعد هذا الحكم في القضية المحكوم فيها لدى القاضي المالكي في الصّحة والفساد، فإنّ القاضي المالكي يحكم بمثل ما حكم به القاضي الحنفيّ من الصحّة، ويعلّل حكمه بأنّ حكم الحاكم يرفع الخلاف، ويجعل حكم تلك الجزئيّة الخاصّة الصحّة عند الجميع هذا ما كان يفعله من سلف من القضاة التّونسيين ومازال العمل مستمرّا به اليوم. بل كان القاضي المحقّق الشّيخ أبو عبد الله محمد الطّاهر ابن عاشور الجدّ رحمه الله مكّن من الشّفعة بقيمة الشّقص المشفوع فيه، فيما بيع على الكمشة المجهولة وصدر حكم من القاضي الحنفيّ فيه بصحّة البيع على مقتضى مذهبه. وعلّل ذلك بأنّ المشاع إذا بيع بيعا فاسدًا، وطرأ على ذلك البيع ما أوجب مضيّه، فإنّ الشّفعة تقع بقيمة الشّقص المشفوع فيه كما قال في التّحفة، في مبحث الشّفعة :

وفي البيوع الفاسدة ❊ ما لم تصحح فبقيمة تجب

والبيع على الكمشة المجهولة فاسد عند المالكيّة لجهل الثّمن، فإذا حكم الحاكم الحنفيّ بصحّة البيع وإمضائه، ارتفع الخلاف في تلك الجزئيّة، وصارت من قبيل البيع الفاسد الذي طرأ عليه ما أوجب مضيّه. ومن لوازم ذلك، تمكين الشّريك من الشّفعة فيه بالقيمة وقد نازع الشّيخ بعض معاصريه غير أنّ حجّته ناهضة.قال رحمه الله: وبلغنا أنّ القاضي إسماعيل التّميمي كان فعل مثل ذلك أخذا ممّا تقدّم، وهو أخذ متين

العرى وكان القضاة التّونسيون في القديم، ولم يزالوا إلى اليوم، يحكمون بما تقتضيه ألفاظ الواقفين في الاستحقاق وشرائط الوقف على مقتضى مذهبهم، في الأوقاف الخالية من الحوز المحصّنة بحكم قاض حنفي بصحّتها، وما ذلك إلاّ من آثار اعتبار الحكم الحنفيّ ونفوذه.

الفصل الثّاني
في خطاب القضاة وفيه مباحث

المبحث الأوّل في حقيقة الخطاب وأنواعه

الخطاب هو إخبار قاض قاضيا آخر بما ثبت عنده أو حكم به. وأنواعه ثلاثة: الإنهاء بالمشافهة، والإنهاء بالإشهاد، والإنهاء بالكتابة.

فأمّا الإنهاء بالمشافهة[368]، فشرط الاعتداد به؛ أن يكون كلّ من المنهيّ والمنهيّ إليه في موضع ولايته ويتصوّر هذا، بأن يكونا قاضيين في بلد واحد، أو في بلدين متجاورين. فيقف كلّ منهما في طرف عمله، ثم يخبر أحدهما الآخر بما يريده من التّبليغ. ووجه هذا الشّرط، أنّ المبلّغ (بالكسر) إذا كان في غير موضع ولايته، يكون معزولا. وقول المعزول «كنت حكمت بكذا. أو ثبت لديّ كذا» لا يقبل. وإذا كان المبلّغ (بالفتح) في غير ولايته، يُقْضي اعتماد التّبليغ، إلى اعتماد علم حصل للقاضي في غير مجلس القضاء. والقاضي لا يستند إلى علمه في غير التّعديل والتّجريح.

ثم إنّ الإنهاء بالمشافهة. صحيح على أصل المذهب في جواز تعدّد القضاة بالبلد الواحد. ولم يقع منصوصا لقدماء المالكيّة وإنّما يذكرون الإشهاد. ولهذا عزاه الشّيخ ابن عرفة لابن شاس. وقد ذكره المازري، تفريعا على مسألة اقتصار القاضي على تسمية بيّنة تثبت عدالتها عنده، هل ذلك كنقل شهادة من شهادة أو كالقضيّة المنفّذة. وظاهر كلامه أنّ المسألة ينبغي أن يختلف فيها. ونصّه كما في شرح ابن مرزوق على المختصر: «ممّا يتفرّع من هذا، لو أنّ أحد القاضيين المستقلّين بمدينة أخبر الآخر أنّه

---

[368] الإنهاء بالمشافهة، بطل العمل به في تونس. ووقع الاقتصار على الإنهاء بالإشهاد أو الكتابة. وهو أضبط وأضمن لحفظ الحقوق.

ثبت عنده شهادة فلان وفلان لرجلين بالبلد، وقضى بثبوتهما. فإن قلنا أنّ هذا منه كنقل شهادة، فلا يكتفي بتعريف المخاطب أنّهما شهدا. لأنّ المنقول عنهما حاضران، ولا ينقل عن حاضر من غير عذر. وإن قلنا أنّه كقضيّة، فإنّ الثاني ينفّذه ولا يطالب بإحضارهما. وهذا أيضا إن قلنا أنّ قول القاضي وحده، وإن كان كالنّقل يكتفى به لحرمة القضاء فيصحّ نقله، وإن حضر من نقل عنه».اهـ.

وما قدّمناه من اشتراط حلول كلّ من المنهيّ والمنهيّ إليه في محلّ ولايته، هو الذي اقتصر عليه خليل تبعا لابن الحاجب. وفي المسألة خلاف. فأمّا بالنسبة إلى المنهيّ، فحكى ابن سهل عن أهل طليطلة، أنّهم يجيزون إخبار القاضي الحالّ بغير محلّ ولايته، لقاضي ذلك البلد وينفّذه. ويرونه كخطابه إيّاه. ونقل الشيخ حلولو في شرح المختصر عن شيخه البرزلي، أنّ العمل بتونس على ذلك؛ وأنّ قضاة الكور إذا قدموا إلى تونس، ووجدوا خطاباتهم فإنّهم يرفعون عليها. وأفتى الشيخ ابن عرفة في قاض حلّ بغير محلّ ولايته وكان ابتدأ قضية، فسأله أهلها أن يستنيب لهم من يكمّلها أنّ ذلك له. وقال المازري لو سئل من الحالّ بغير محلّ ولايته، أن يكشف له عن عدالة بيّنة هي بمحلّ ولايته لكان له ذلك. ولو سأله التّسجيل بذلك لم يكن له ذلك. ولو سأله سماع البيّنة فقط فقولان، لأصبغ وابن عبد الحكم. وإلى هذه المسألة أشار في العمليّات العامّة بقوله:

وجوّزوا إنهاء ما في خلده ❁ مشافها إنّ حل غير بلده

بل بلد المنهيّ له ليعلمه ❁ كما أجاز فقها طليطله

وأمّا بالنسبة إلى المنهيّ إليه، فحكى ابن سهل عن أصبغ ما ظاهره جواز الخطاب.

وأمّا الإنهاء بالإشهاد، فمعناه أن يشهد عدلين بأنّه قضى بكذا، أو ثبت عنده كذا لينهيا ذلك إلى قاض آخر. أو أن يكتب قاض إلى قاضي بلد آخر بما ثبت عنده،

من شهادة على رجل أو حقّ أو قضاء ويشهدهما على كتابه. واختلف هل يكتفي بالشّاهدين في جميع الحقوق، وهو ما لأشهب وهو ظاهر المدوّنة. أو يلزم أربعة في الزّنى، وهو ما لسحنون، قياسا على نقل الشهادة فيها. وعلى الأوّل درج المختصر الخليلي، ووجهه أنّ الشاهدين هنا شهدا على إقرار القاضي، بأنّ الحكم ثبت عنده وتقرّر. وأمّا النّاقلون فقد نقلوا حكما عن غيرهم لم يثبت، وإنّما يثبت بهم فاعتبر فيهم العدد، قاله ابن يونس نقلا عن بعض القروييّن. فلو شهد الشّاهدان بخلاف ما في الكتاب؛ بأن يشهدهما ويبعث معهما كتابه من غير أن يقرأه عليهما. فالاعتماد على ما شهدا به لا على ما في الكتاب. قاله في الجواهر. واقتصر عليه خليل.

وأمّا الإنهاء بالكتاب وحده، فاشترط ابن القاسم في العمل به، قيام البيّنة بشاهدين أنّه كتابه. واشترط أشهب إشهادهما عليه أنّه كتابه، ولم يكتف بالشّهادة من غير إشهاد. وجعل ابن رشد محلّ الخلاف، في الكتاب الوارد من كورة إلى كورة، وأمّا ما جاء من أعراض المدينة إلى قاضيها. فإنّه يقبله بمعرفة الخطّ وبمعرفة الخاتم وبالشّاهد الواحد، إذا لم يكن صاحب القضيّة لقرب المسافة، واستدراك ما يخشى من التعدّي. قاله ابن حبيب في الواضحة. وقاله ابن نافع وابن كنانة في الحقوق اليسيرة. قال ابن نافع: وقد كان يعمل فيما مضى بكتاب القاضي، بمعرفة الخطّ والختم دون بيّنة، حتى حدث اتّهام النّاس، فأحدثت الشّهادة على كتاب القاضي. وأوّل من سأل الشّهادة، سوار ابن عبد الله.اهـ. من شرح ابن مرزوق. وكان سحنون لا يقبل كتاب قاض من قضاته إلاّ بعدلين، ولا يفكّه إلاّ بمحضرهما. وكان يعرف خطّ بعض قضاته ثم لا يقبله إلاّ بشاهدين. وكان يجيب من سأله منهم في الأحكام، في كتابه فيطبعه ولا يشهد عليه، وينفّذه من يرد عليه ذلك منهم. وكان ينفّذ كتب أمنائه بلا بيّنة عليها، ويأمر بعض أعوانه بإحراز كتبهم عنده.

والخلاصة أنّ الرّوايات صريحة في لغو كتاب القاضي، بمجرّد معرفة خطّه دون الشّهادة عليه. ولهذا قال ابن المناصف: اتّفق أهل عصرنا في البلاد التي ينتهي إليها أمرنا؛ على قبول كتب القاضي في الأحكام والحقوق، بمجرّد معرفة خطّ القاضي دون الشّهادة على ذلك ولا خاتم معروف. مع أنّي لا أعلم خلافا في مذهب مالك أنّ كتاب القاضي لا يجوز بمعرفة خطّه. قال ابن المناصف: ووجه عمل النّاس أنّ الظنّ النّاشئ عن معرفة الخطّ، مساو للظنّ النّاشئ عن شهادة البيّنة بأنّه كتابه، مع ما في اشتراط البيّنة على الكتاب من المشقّة، مغ انتشار الخطّة وبعد المسافة. قال الشّيخ ابن عرفة: ولا تندفع المشقّة ببيّنة يشهدها القاضي على كتابه، ثم يرفع على خطّ البيّنة، كما يفعله كثير من أهل زماننا. لأنّ ثبوته بالشّهادة على خطّ القاضي أقوى ظنّا من الشّهادة على خط تلك البيّنة.اهـ. قال ابن المناصف: فإذا ثبت وجه ذلك، وقامت ببيّنة عادلة على خطّه وجب العمل به، وإن لم تقم عليه ببيّنة وعرفه القاضي المكتوب إليه فجائز عندي قبوله. وقبول سحنون كتب أمنائه دون بيّنة يدلّ على ذلك. قال: ويحتمل أن يقال لابدّ من الشّهادة على ذلك.اهـ.

وذكر البرزلي أنّ العمل بتونس، جرى باعتماد كتاب القاضي إذا عرف المكتوب إليه خطّه. وهو ما حكاه ابن المناصف عن أهل زمانه. وحكى ابن نافع العمل به قديما. قال ابن مرزوق: عاد الأمر إلى ما قال ابن نافع أنّه كان في القديم يكتفى بالخطّ؛ والضرورة داعية إلى ما عليه العمل اليوم، والحمد لله على مصادفتهم لعمل السّلف الأوّل. قلت العمل عندنا في هذا الزمان؛ جار باعتماد كتاب القاضي إذا كان مختوما بختمه، ومكتوبا عليه بخطّ القاضي «ختم في تاريخه» أو «في تاريخ كذا» أو «صحّ فلان» ويلزم الجمع بين الختم وهذه الكتابة ولا يكتفى بالختم وحده احتياطا.

ثم الإنهاء بالكتابة قسمان:

-الأوّل، أن يكون الكتاب مستقلاّ بنفسه.

-الثّاني أن تكون الكتابة على الرّسم لإفادة شيء يتعلّق به. فأمّا الإنهاء بكتاب[369] مستقلّ، فالعمل فيه بتونس منذ أكثر من مائة سنة، جرى بتعيين المكتوب إليه وتسميته. وهو خلاف قول ابن عرفة: الذي استقرّ عليه القضاة بإفريقيّة، عدم تسمية القاضي المكتوب إليه.

وأمّا الإنهاء بالكتابة في الرّسم نفسه، فلا يسمّى فيه المكتوب إليه. وقد جرى عملنا التونسي بأنّ الخطاب على الرّسوم؛ يكون في سائر البيّنات الاسترعائيّة بكتابة هذه الجملة؛ بخطّ القاضي أو المفتي المخاطب «يكتب العمل» مع ختم تلك البيّنة بختم المخاطب. وتدلّ هذه العبارة على صلوحيّة هذه البيّنة للاحتجاج بها. بحيث لا يتوقّف فيما بعد على الحكم بمقتضاها إلاّ على الإعذار فيها. فالخطاب بهذه الجملة عندنا بمنزلة لفظة «أدّيا فقبلا وأعلم بذلك فلان» عند المغاربة. ويكون الخطاب في البيّنات الأصليّة؛ كرسوم البيع والوقف والهبة والصّدقة والمغارسة والنّكاح والخلع

[369] كان يطلق على هذا الكتاب اسم المراسلة. ومازال النّاس يتغالون في اقتناء مراسلات حذّاق القضاة والمفتين التّونسيين، المعرفين بالعلم والتّحقيق. كمراسلات القاضي إسماعيل التميمي و المفتي محمد الخضار؛ وأضرا بهما. وكان في القديم؛ أحدث دفتر للمراسلات يمسكه عدلان؛ ويضمنان به المراسلات الصادرة. وإذا وجدا مراسلة مخالفة لمراسلة صدرت في القضيّة من بعض الحكّام يعلمون الشيخ المراسل؛ ليتذاكر مع صاحب المراسلة السّابقة؛ ويرجع أحدهما إلى ما رآه الآخر. فإن بقيا على الاختلاف ينهيا الأمر إلى رئيس تلك الدّائرة. وهو الذي يبتّ في المسألة ثم ألغي هذا. وتغيّر هذا الاسم في هذه الأزمنة القريبة. فاستعيض عن اسم المراسلة بلفظ «مكتوب». وكانت المراسلة يحملها المنتفع بها إلى قاضي الجهة. وصار المكتوب يوجّه إلى القاضي المنهيّ إليه بواسطة البريد. وإذا كان مصحوبا بحجج يخشى عليها من الضّياع؛ يرسل المكتوب والحجج على طريق ضمان البريد. والمكاتب الموجّهة إلى قاض من قضاة الجهات؛ تضمن بدفتر معدّ لذلك؛ يمسكه كاتب المحكمة. كما أن الوارد من الكتب يضمّن بدفتر معدّ لذلك.

(*) هو أبو عبد الله محمد بن محمد الخضّار التّونسي. أحد شيوخ الفتوى بتونس. كان آية في الذّكاء مع غفلة. وخيّرا مشتهرا بجودة الشّعر وشدّة التّحرير في الفتاوى. حتى إنّ العلماء يتنافسون في اقتنائها، أخذ عن الشيوخ الأعلام كالطّاهر بن مسعود وحسن الشّريف وإبراهيم الرّياحي وغيرهم. توفي سنة 1267.

بكتابة القاضي أو المفتي؛ في أسفل الرّسم «ثبت لديّ العدلان»[370] مع ختم الرّسم بختم القاضي أو المفتي المخاطب. وتدلّ هذه العبارة على أنّ الشهود منتصبون للإشهاد انتصابا عاما متّسمون بالعدالة. ولا يكتب القاضي أو المفتي «ثبت لديّ» بصيغة الإفراد أسفل الرّسم؛ إلا إذا كان قاصدا الإعلام بصحّة الرّسم وسلامته من الرّيب؛ من جميع النّواحي. بناء على ما اختاره جماعة من حذّاق العلماء التّونسيين. وقد تقدّم ذلك في الباب الثّاني.

ويكون الخطاب في نسخ رسوم الأحباس بختم النّسخة؛ وكتابة القاضي أو المفتي على هامشها بخطّه «طابق الفرع أصله؛ وأعلم بذلك فلان القاضي أو فلان المفتي» أو «قوبل الفرع بأصله فطابقه أو فتطابقا، وأعلم بذلك فلان قاضي كذا؛ أو المفتي ببلد كذا» ويدلّ هذا الخطاب؛ على أنّ الأصل المنسوخ منه سالم من الارتياب؛ لا شيء فيه يوهن الاحتجاج به، وأنّ شهيديه ثابتا العدالة.

أمّا الخطاب على النّسخ، من غير رسوم الأحباس فيكون بختم النّسخة؛ وكتابة «ثبت لديَّ» وتقدّم في الباب الثّاني، ما يجوز إخراج النّسخ منه وما لا يجوز. ويكون الخطاب في المضامين المخرجة للدّلالة على التملّك، بختم المضمون، وكتابة «خُتم في كذا» بخطّ القاضي أو المفتي قبل عقد العدلين، ثم يعقد العدلان، ويدلّ ما ذكر؛ على سلامة الأصل من الخلل والارتياب؛ وصحّة ما تضمّنه هذا المضمون وقيامه مقام الأصل. وإذا خلا المضمون من ذلك. لم يقم مقام الأصل؛ ولو كان مختوما وكتب القاضي أسفله «ثبت لديّ» أو «ثبت لديّ العدلان» إذ لا تدلّ هذه العبارة في المضامين؛

---

[370] إنّما يحتاج إلى هذا الخطاب إذا أريد الاحتجاج بذلك الرّسم؛ في غير البلد الذي انتصب فيه العدلان للإشهاد. كأن يكونا من شهود الحاضرة؛ وهو يريد الاحتجاج به في سوسة. أو كان العقّار مسجّلا ويريد صاحب الرّسم تضمين ما به في دفتر المحكمة المختلطة لدى دفتر دار. أو قصد الاحتجاج به في محكمة أجنبيّة. أو خارج الإيالة أو تضمينه في القباضة العامّة.

على أكثر من ثبوت عدالة العدلين؛ ولا تدلّ على سلامة الأصل من الرّيب واستيفائه لشرائط الأعمال.

المبحث الثّاني في فائدة الإنهاء

فائدة الإنهاء؛ عدم استئناف السّير في المراحل التي قطعها القاضي المنهيّ؛ والبناء على ما تضمّنه الإنهاء. قال ابن رشد: يجب على القاضي المكتوب إليه؛ أن من تولّى بعده أن يصل نظره بما ثبت عن القاضي الكاتب. فإن كتب ثبوت شهادتهم فقط لم يأمر بإعادة شهادتهم ونظر في تعديلهم. وإن كتب بتعديلهم وبقبوله إيّاهم؛ أعذر للمشهود عليه فيهم. وإن كتب أنّه أعذر له فعجز عن الدّفع أمضي الحكم عليه. اهـ. قال التّاودي في شرح التحفة: «وحاصله أنّه يبني على فعل الأوّل. وهذا إذا كان قاضي مصر لم يعرف جوره ولاجهله وإلاّ استؤنف.»اهـ. وقال الشيخ التّسولي في شرح التّحفة: وإنّما كان يبني لأنّ إشهاد القاضي الأوّل، بما ثبت من شهادتهم أو تعديلهم أو إعذار فيهم ونحوه حُكم بذلك. فلو لم يبن لكان متعقّبا لحكم الأوّل. وفي خليل «ولا يتعقّب حكم العدل العامل» ولهذا اشترط في المنهيّ أن يكون أهلا أو قاضي مصر؛ لم يعرف جوره ولا جهله. لأنّ شأن قضاة الأمصار العلم.اهـ. قلت؛ فيما قاله الشيخ التّسولي نظر. لأنّ ما ذكره من قبيل الثّبوت لا الحكم، كما تقدّم تحقيقه. وعندي أن ليس الأمر بالبناء على فعل غيره، ممّن اشتهر بالعلم والعدالة أو كان مظّنة لها، بأن كان قاضي مصر لم يعرف جوره ولا جهله؛ لما ذكره الشيخ التّسولي وسبقه إليه ابن عرفة. وإنّما هو لحصول الطّمأنينة والثّقة؛ بفعل المشتهر بالعلم والعدالة؛ وعدم ظهور ما يوجب إعادة النّظر والحالة ما ذكر، تطويل لأمد النّزاع وإضرار بالخصوم. وبما ذكرناه يمكن التّوفيق بين ما ذكروه، من البناء على فعل القاضي العدل العالم، وبين ما حقّقه الشّهاب القرافي في الإحكام، في الفرق بين الثّبوت والحكم تبعا لما ذكره المازري،

ونقله عن أشهب وسحنون ومطرّف وابن الماجشون. وهو الذي جزم به القاضي ابن عبد السّلام. وهو الذي صرّح به ابن رشد في بعض أجوبته. وكرّر القرافي ذكر المسألة، فأعادها فيما يدخله حكم الحاكم وما لا يدخله. وقد تقدّم طرف من ذلك.

المبحث الثّالث في العمل بالخطاب إذا مات، أو عزل المخاطب المنهيّ أو المخاطب المنهيّ إليه

إذا مات المخاطب (بالفتح) أو عزل، قبل وصول الخطاب إليه أو بعده وقبل البناء عليه، لا يلغى الخطاب. ويجب على من ولي مكان المكتوب إليه إنفاذه والعمل به، كما لو كان هو المكتوب إليه بعينه. لأنّ المراد في هذا كلّه، السّلطان الذي إذا زال من واحد كان في آخر. هذا قول مالك وأصحابه. انظر التّبصرة الفرحونيّة صفحة 42 جزء 2.

وأمّا إذا مات المخاطب (بالكسر) أو عزل، قبل وصول كتابه. فإن أشهد القاضي الكاتب على كتابه قُبِلَ كتابه. لأنّ إشهاده عليه كإشهاده على حكم نفذ. وأمّا إن لم يشهد عليه، وهو الذي جرى به عمل تونس والمغرب، من العمل بكتاب القاضي، بمعرفة خطّه دون إشهاد عليه، فظاهر ما في مختصر الواضحة عن ابن الماشجون إعماله. وقال ابن المناصف: لا يصحّ العمل به بوجه من الوجوه لأنّ أعلى مراتبه إذا ثبت، أن يقوم مقام قول القاضي نفسه «ثبت عندي كذا» لأنّ ذلك مدلول الكتاب. وهذا يقبل منه ما دام واليا، فإذا عزل لم يقبل منه على حال، إلاّ أن يكون على ذلك إشهاد في حال الولاية فيجوز عملا بالشّهادة. وفي المدوّنة: إنّ القاضي إذا عزل أو مات وفي ديوانه شهادة البيّنات وعدالتها، لم ينظر فيه ولا يجيزه من بعده. وإن قال القاضي المعزول «ما في ديواني قد شهدت به البيّنة عندي» أو قال «كنت حكمت بكذا» لم يقبل ذلك منه، فكذلك كتاب القاضي المعزول. قال ابن المناصف: وخالف في ذلك جماعة من الطّلبة وأجازوا ذلك وهو غلط وخروج عن القاعدة في ذلك. اهـ.

من التّبصرة. قال الشيخ التّسولي في شرح التّحفة: اعتمد تقييد ابن المناصف غير واحد. وذكر ابن عرفة أنّها نزلت في وسط القرن الثامن، وأنّ شيخه أبا عبد الله السطّي[371] رجع إلى تقييد ابن المناصف. قال التّسولي: وهو الأحوط في العزل. لأنّه قد يفعله بعد عزله ويوهم أنّه صدر منه قبله. فإذا كان قول القاضي بعد عزله «قد كنت حكمت بكذا قبله» أو «أجّلت» ونحوه، لا يقبل إلاّ ببيّنة، لاحتمال كذبه فكذلك هذا. إذ خطابه الوارد بعد عزله بمنزلة قوله ذلك. وأمّا في الموت على الولاية فلا يتطرّق هذا الاحتمال مع معرفة خطّه. ووقع في شهادات المعيار من جواب لابن زيادة الله وابن البرّاء[372] الذي يقتضيه النّظر، التّفصيل بين الموت والعزل.اهـ. باختصار. قلت: عمل المحاكم الشرعيّة اليوم جار على قبول كتاب القاضي، وإن وصل إلى المكتوب إليه بعد موت الكاتب أو عزله. وهو مقتضى إطلاق مختصر الواضحة عن ابن الماجشون. ووجهه أنّ تضمينه بدفتر المحكمة بمنزلة الإشهاد عليه. وينفي جميع الرّيب والشكوك؛ فإن قيل: قد نقلت قريبًا عن المدوّنة أنّ القاضي إذا عزل أو مات، وفي ديوانه شهادة البيّنة أو عدالتها لم ينظر فيه، ولا يجيزه من بعده، فأبطل اعتماد الدّيوان. (وهو الكتاب) قلت، الديوان الملغى هو الذي يمسكه القاضي ويكتب بنفسه فيه. لا الذي يكون بيد غيره ويكتبه أحد العدول وهو الواقع اليوم.

[371] هو أبو عبد الله محمد بن سليمان السطّي. أخذ عن أبي الحسن الصّغير. وتفقّه بأبي الحسن الطّنجي. وأخذ عنه ابن عرفة وابن خلدون والمقّري والقباب وابن مرزوق الجدّ. له تعليق على المدوّنة وشرح على الحوفيّة وتعليق على جواهر ابن شاس. مات غريقا في سواحل بجاية سنة 750.

[372] هو أبو علي عمر بن البراء التونسي. قاضي الأنكحة بتونس.النّبيه البيت. توفّي سنة 797.أو قاضي الجماعة أبو القاسم علي بن عبد العزيز بن البراء التّنوخي المهدوي.مولده بالمهدية في حدود سنة 580.و توفّي سنة 677.



الفصل الثّالث
في ضابط ما يفتقر للحكم مع وجود سببه الشّرعي،
وما لا يفتقر للحكم مع وجود سببه الشّرعي.

ينبغي قبل ذكر الضّابط تمهيد مقدّمة، يستعان بها في هذا الفصل وتجري في كثير من مسائل الأحكام، والفصول الآتية مجرى القاعدة والأصل. وهي: أنّ المقصود من الحكم، إنّما هو سدّ باب الخصومات ودرء الظّلامات. وأنّ الحكم يدخل في الواجب كالحكم بوجوب النّفقة للمطلّقة البائن، عند من يرى ذلك. ويدخل في المحرّم كالقضاء بفسخ النّكاح الفاسد. فإنّ معناه إبطال ما توهّم أنّه سبب لإباحة الاستمتاع، وردّ المرأة لما كانت عليه من التحريم. ويدخل في المباح كالقضاء بردّ الأرض مواتا، مباحة لكلّ محيي بعد زوال الإحياء، كما هو مذهب مالك. وكإباحة الصّيد والنّحل والحمام إذا توحّش. أما المكروه والمحرّم؛ فقال القرافي في كتاب الإحكام، في الفرق بين الفتاوى والأحكام، في الجواب عن السّؤال السّادس: لا يتطرّقهما الحكم، إذ لا إلزام فيهما، والحكم إنّما شرع لدرء الخصام، ولن يندفع الخصام إلاّ بالإلزام أو الإطلاق. قلت وفيه نظر. لأنّ الحكم شُرع كما قال لدرء الخصام، واندفاع الخصام يكون بالإلزام أو الإطلاق أو عدم الإلزام؛ ولا ينحصر في الأوّلين. وهذا كما لو طالبت مفارقة زوجها بالمتعة فامتنع، فرفعته إلى الحاكم فإنّه يجب أن يقضي بعدم إلزام الزّوج بالتّمتيع، ويكون حكمه حينئذ رافعًا للخلاف ولو ترك الحكم، لكان للقاضي الحنفيّ أو الشّافعي أن يحكم عليه بالتّمتيع طبق مذهبهما. وكذلك لو ادّعى الولد على أبيه أنّه تصدّق عليه بماله كلّه وامتنع من تحويزه، لوجب على الحاكم إذا

كان ممّن يرى كراهة ذلك لا حرمته، أن يحكم على الأب بإلزامه بالتّحويز. ومثل ذلك الوقف على الذّكور دون الإناث. وفي مختصر ابن عرفة: الكراهة أحد أقسام الأحكام الخمسة، يجب رعي كلّ حكم منها ولازمه. وحكم المكروه عدم نقضه بعد وقوعه. اهـ. وصرّح الشيخ التّسولي، في أوّل باب القضاء من شرح التّحفة: أنّ الحكم قد يكون بعد اللزوم. فالعمدة حينئذ فيما يدخله الحكم، أن يكون النّزاع فيه لمصالح الدّنيا، أي جلب نفع أو دفع ضرر.

إذا تمهّدت هذه القاعدة، فضابط ما يفتقر لحكم الحاكم مع وجود سببه الشّرعي، على ما قاله القرافي في الإحكام، في الجواب عن السّؤال الثاني والثلاثين، هو ما وجد فيه أحد أسباب ثلاثة.

- الأوّل. أن يكون ذلك الأمر ممّا يحتاج إلى نظر وتحرّي، وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار مسبّبه.

- الثّاني، أن يكون ممّا لو فوّض إلى جميع النّاس، لأدّى إلى الفتن والشّحناء وانخرم النّظام.

- الثّالث، أن يكون ممّا قوي فيه الخلاف، مع تعارض حقوق الله وحقوق الخلق.

فأمّا السّبب الأوّل، وهو ما يفتقر إلى نظر في تحرير سببه ومقدار مسبّبه، لاختلاف الحكم باختلاف أحوال ذلك الأمر. فكالطلاق بالإعسار والإضرار، والطّلاق على المولي. لأنّه يفتقر إلى تحقيق الإعسار، وهل هو ممّن يلزمه الطّلاق بعدم النفقة أم لا، كما لو تزوّجت فقيرًا، علمت بفقره فإنّها لا تطلّق عليه بالإعسار بالنّفقة. وكذلك تحقيق حاله وهل هو ممّن يرجى له يسر أم لا. وكذلك تحقيق صورة الإضرار. وكذلك يمين المولي وهل هي لعذر، كمن حلف أن لا يطأها وهي مرضع، خوفًا على ولده فلا طلاق هنا. لقصده المصلحة لا الإضرار. أو كانت لغير عذر.

وكذلك التّطليق على الغائب وعلى المعترض. فالطّلاق في هذه الجزئيّات كلّها، لابدّ فيه من حكم الحاكم. لكن اختلف هل يوقع الطّلاق الحاكم، أو توقّعه المرأة والحاكم يمضيه. فالذي ذهب إليه القاضي أبو محمد بن سراج[373]: أنّ ذلك للحاكم. والذي ذهب إليه ابن عتاب أنّ القاضي يبيح لها أن تطلّق نفسها، فإن طلّقها أشهدت على ذلك. وقد نصّ على ذلك ابن العطّار. والحجّة له من السّنة. حديث بريرة. فقد قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أملك بنفسك إن شئت أقمت مع زوجك، وإن شئت فارقتيه. وكذلك الحاكم يقول للقائمة عنده بعدم النّفقة بعد كمال نظره بما يجب: إن شئت أن تطلّقي نفسك، وإن شئت التربّص عليه. فإن طلّقت أشهدت على ذلك. قال ابن عتاب: وهذا واضح إلاّ عند من عاند السّنة وخالف الأيمّة. والخلاصة أنّ الحقّ إذا كان للمرأة خالصًا، فإنفاذ الطّلاق إليها مع إباحة الحاكم لها ذلك، كما جاء في حديث بريرة. ونسبة الطّلاق إلى القاضي، لكونه ينفذه ويحكم به. وهذا كما في الطّلاق بعدم النّفقة والطّلاق بالعتق، أي عتق الأمة إذا كانت تحت عبد. والطّلاق بالعنّة والطّلاق بتزوّج الأمة على الحرّة، والطّلاق بالإيلاء إذا حلف بالطلاق ليقضّين فلانًا حقّه، فإنّه يوقف عن امرأته، فإذا جاءت أربعة أشهر فإنّه يؤمر بالفيئة، وإلاّ جعل الطّلاق للمرأة تنفذّه إن شاءت. بخلاف الإيلاء بقوله لها «إن وطئتك فأنت طالق ثلاثًا» ففي المسألة أقوال. أحدها أنّه مُول ولا يُمكّن من وطئها. لأنّ باقي وطئه بعد التقاء الختانين حرام. فإذا رفعته إلى الحاكم فإنّ الحاكم ينجز عليه الطّلاق. قاله ابن القاسم. وإن لم ترفعه ورضيت بالمقام بلا وطء فلها ذلك. وأمّا الطّلاق بالجذام والجنون، فإنّه

---

[373] هو محمد بن محمد بن سراج؛ أبو القاسم الأندلسي الغرناطي. مفتيها وقاضي الجماعة بها. حامل راية الفقه؛ والجامع للفنون. له تآليف منها شرحه الكبير على مختصر خليل؛ أكثر الموّاق من النّقل عنه في شرحه على المختصر، وله فتاوى كثيرة؛ اشتمل المعيار على كثير منها. توفي سنة 848. قلت جمعها و حقّقها الشيخ الدكتور محمد أبو الأجفان رحمه الله.

يوقعه الحاكم إذا طلبته الزّوجة. ففي ابن سهل: وأما المجذوم فلا خيار لها، حتى ترفع ذلك إلى السّلطان، ثم ليس للسّلطان أن يفوّض إليها أمرها تطلّق متى شاءت. ولكن على السّلطان، إذا كرهته وأرادت فراقه أن يفرّق بينهما بواحدة. إذا يئس من برئه وكذلك المجنون، إلاّ أنّه يضرب له أجل سنة، كان موسوسا أو يغيب مرّة ويفيق أخرى. وأمّا الطلاق الذي لا خيار فيه للمرأة، فإنّه يوقعه الحاكم. وهذا كزواجها بغير وليّ، وتزويجها ممّن ليس بكفء، ونكاحها للفاسق ومن تزوّجت مع وجود والدها، ولم يستأذنه وليّها الذي زوّجها، وأنواع الأنكحة الفاسدة. أنظر التّبصرة الفرحونيّة صفحة 76 ج1.

وأمّا السّبب الثّاني؛ وهو أن يكون ذلك الأمر، لو فوّض لجميع النّاس، لأدّى إلى الفتن وانخرام النّظام. فمن أمثلته الحدود، فإنّها منضبطة في أنفسها لا تفتقر إلى بيان مقاديرها. غير أنّها لو فوّضت لجميع النّاس، فبادر العامّة لجلد الزناة وقطع السرّاق لاشتدّت الحميّات، وثارت الأنفس وغضب ذوو المروءات، فانتشرت الفتن، وعظمت الإحن. فحسم الشّارع هذه المادّة وفوّض هذه الأمور للولاة. فأذعن النّاس لهم واندفعت تلك المفاسد. وهذا السّبب الذي بسطناه، هو ضابط ما يفتقر لولاة الأمور. كقسمة الغنائم وجباية الجزية، وأخذ الخراجات من أراضي العنوة، وجمع الجيوش وإنشاء الحروب وتولية الولاة، وقتل الطّغاة والبغاة.

وأمّا السّبب الثّالث؛ وهو قوّة الخلاف، مع تعارض حقوق الله تعالى وحقوق الخلق، فمن أمثلته العتق بالمثلة والعتق بالسّراية. لتعارض حلّ الله تعالى في العتق، وحقّ السيّد في الملك وحقّ العبد في الكسب، مع قوّة الخلاف في ذلك. قال الشّهاب القرافي في الإحكام، في السّؤال الثّاني والثّلاثين: ولأجل هذه القاعدة انقسمت الأشياء إلى ثلاثة أقسام: ما يفتقر للحكم اتّفاقًا، لاشتماله على سبب أو أكثر من تلك الأسباب.

وما لا يفتقر للحكم إجماعًا لبعده عنها. وما اختلف فيه للتردّد في ملابسته لأحد الأسباب وعدم ملابسته.

فمن الأوّل، تفليس من أحاط الدّين بماله، والتّطليق على الغائبين من المفقودين وغيرهم، وفسخ الأنكحة الفاسدة المختلف فيها.

ومن الثّاني، العبادات كلّها وتحريم المحرّمات المتّفق عليها، أو المختلف فيها. كتحريم السّباع وطهارة المياه ووفاء الدّيون، وردّ الودائع والغصوب.

ومن الثّالث، قبض المغصوب من الغاصب، إذا كان المغصوب منه غائبًا، وعتق الشّريك نصيبه في عبد، فحكى ابن يونس، اتّفاق أصحابنا على أنّه يعتق بمجرّد التّقويم، من غير حاجة إلى حكم حاكم. وذكر غيره افتقار العتق إلى الحكم. ومنه عتق القريب إذا ملكه الحرّ المليء. المشهور عدم افتقاره للحكم وقيل بالإفتقار إليه، ومنه العتق بالمثلة. قال مالك: لا يعتق إلاّ بالحكم. وقال أشهب: لا يفتقر إليه. وفسخ البيع بعد تحالف المتبايعين. وفسخ النّكاح بعد التّحالف على قدر المهر. جرى الخلاف في توقّف الفسخ فيهما على حكم الحاكم وعدم توقّفه عليه. وكذلك جرى الخلاف في المحجور عليه إذا كان له وصيّ من قبَل الأب؛ هل يكفي إطلاق الوصيّ من الحجر دون مطالعة الحاكم في ذلك أو يلزم استيذان الحاكم، حتى يكون الإطلاق بإذن الحاكم. وكذلك اختلف في الفرقة بين المتلاعنين. قال مالك وابن القاسم: تقع بتمام التّحالف؛ دون حكم حاكم. وقال ابن حبيب: لا تقع حتى يفرّق الإمام بينهما. وكذلك اختلف في الحاضنة تتزوّج، هل يسقط حقّها من الحضانة بالدّخول، أو بالحكم بأخذ الولد منها. وكذلك إذا قال لزوجته «إن لم تحيضي فأنت طالق» فإنّه يحنث على المشهور. لكن اختلف هل يقع الطلاق بمجرّد نطقه، أو يفتقر إلى حكم الحاكم. وهو اختيار اللّخمي. وكذلك السّلم المختلف في فساده، اختلف هل يفتقر فسخه إلى حكم حاكم

أولا. وعلى الافتقار فهو كالسّلم الصّحيح حتى يقع الحكم بالفسخ. وكذلك اختلف في القاضي هي ينعزل بمجرّد فسقه، أو حتى يعزله الإمام. وكذلك اختلف في المفلس إذا قسم ماله، وحلف أنّه لم يكتم شيئا ووافقه الغرماء على ذلك، هل ينفكّ الحجر عنه، ويكون له التصرّف فيما يكون بعد ذلك من المال، من غير أن يزيل عنه الحاكم حجر التّفليس؛ وهو أكثر نصوصهم واختيار اللّخمي. أو لا ينفك عنه إلاّ بحكم، وهو قول القاضيين عبد الوهاب[374] وأبي الحسن ابن القصّار[375].

[374] هو أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي،أخذ عن أبي بكر الأبهري،وتفقّه بكبار أصحابه كابن القصّار و ابن الجلاّب و أبي بكر الباقلاّني،وارتحل من بغداد إلى مصر فتولّى القضاء بها. له المؤلّفات المفيدة الممتعة منها : المعونة و الإشراف و التلقين و شرح الرّسالة و التّلخيص في أصول التّلخيص في أصول الفقه. مولده سنة 363 و توفّي سنة 422،أو سنة 421 بمصر.

[375] هو أبو الحسن علي بن أحمد بن القصّار البغدادي.تفقّه بالأبهري.و كان أصوليا نظّارا.له كتاب كبير في مسائل الخلاف،لا يعرف للمالكيّين مثله.ولي قضاء بغداد. وتوفّي سنة 298.

الفصل الرّابع
فيما يحصل به الحكم

الحكم يحصل؛ إما بقول أو فعل أو تقرير. أما القول فكقوله: حكمت بصحّة كذا وأعماله أو فساده وإبطاله. وينبغي أن يتنبّه إلى أنّ الحكم يلزم أن يكون فيما تناوله الخصم والتّداعي؛ وإلاّ كان فتوى لا حكما. وهذا كأن يدّعي الاستحقاق أبناء أخ؛ في وقف سبّله واقفه على أولاد أولاده؛ والطّبقة السّفلى لا تشارك الطّبقة العليا؛ ثم مات الواقف عن ولدين؛ مات بعده أحدهما عن أولاده وأخيه؛ فنازعهم العمّ في استحقاقهم؛ بدعوى أنّ كل فرد من أفراد الطّبقة العليا يحجب الطّبقة السّفلى عن الاستحقاق؛ فحكم القاضي المالكي باستحقاق أولاد الأخ مع العمّ؛ وبأنّ الطّبقة العليا إنّما تحجب فرعها لا فرع غيرها. فالمعتبر حكما هو استحقاق هؤلاء الأولاد مع عمّهم. أمّا حكمه بأنّ الطّبقة العليا إنّما تحجب فرعها لا فرع غيرها فخارج مخرج الفتوى لا يمنع حاكما؛ يرى خلاف هذا المذهب؛ أن يحكم فيما سيحدث في هذا الوقف من النّزاع؛ بحرمان فرد من أهل الطّبقة السّفلى (من غير المحكوم لهم أوّلا) من الاستحقاق، لوجود فرد من أهل الطّبقة العليا، وإن لم يكن أصلا للمحكوم بحرمانه. ولا يصدّه عن الحكم حكم الأوّل بأنّ الطّبقة العليا إنّما تحجب فرعها لا فرع غيرها. لخروج هذا الحكم مخرج الفتوى. وفتوى المفتي بشيء لا تمنع فتوى غيره بخلاف فتواه، ولا حكم غيره بخلاف ما يراه. وممّا يكشف عن هذه المسألة القناع، ويولي النّاظر مزيد الإقناع، أنّ الغرض من الحكم، إنّما هو سدّ باب الخصومات، وحسم النّزاعات ودرء الظّلامات، وتمكين أهل الحقوق من حقوقهم. فيجب أن يقتصر فيه على ما يفي بهذا الغرض. وقد حصل هذا الغرض بالحكم باستحقاق أبناء

الإخوة مع العمّ. أمّا ما زاد عليه، فهو تبرّع من الحاكم، وبيان لمعتقده في معنى عبارة الواقف. فوزانها وزان المدرك. وقد علمت في الفصل الأوّل، أنّ القرافي ذكر أنّ الحكم بمقتضى المدرك المختلف فيه ليس حكما بالمدرك، وإنّما هو حكم بأثره. وأنّ الحكم بالمدرك غير مُتأتّ. وسيأتي إن شاء الله في الكلام على كون الحكم جزئيّا أو كلّيا، ما يزيد هذه الجزئيّة إيضاحا.

وأمّا الفعل، فإنّه لا يفيد الحكم بطريق المطابقة، وإنّما يفيده بطريق الالتزام، إذا كان ذلك الفعل يتوقّف على إبطال شيء وفسخه، فيفيد الحكم بالإبطال. وهذا كإقدام الحاكم على تزويج امرأة. زوّجت زواجًا يستحقّ الفسخ، ولم يقع دخول في هذا التزوّج. فإنّ نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدّم. وكذلك بيع الحاكم ملك المديان. فإنّه حكم بنقل الملك عنه وخروجه من يده. إذ لا شكّ في أنّ نقل الأملاك وفسخ العقود حكم.

وأمّا التقرير، فهو أضعف في الدّلالة من القول والفعل، لأنّه مجرّد ترك وسكوت. وذلك قد يكون مع الإنكار. ولهذا كان ترك رسول الله صلى الله عليه وسلّم لتغيير بعض المنكرات بعد تقدّم نهيه عنها، لا يقتضي إباحة تلك المنكرات. وأيضا فإنّ الحاكم قد يترك الواقعة على ما فيها من الخلاف، ولا يتعرّض لإنشاء حكم فيها، لأنّ كلا القولين يجوز الأخذ به، وهو طريق إلى الله تعالى، فلا ضرر في الإقرار عليهما. بخلاف إقرار الرسول صلى الله عليه وسلّم على الواقعة، لا يكون إلاّ مع إباحة الفعل، أو يكون تقدّم من الإنكار، ما يكفي في الإرشاد لحكم الله تعالى في تلك الواقعة.

ولكون تقرير الحاكم، أضعف من تقرير الشارع لما ذكرناه، اختلف المالكيّة في تقرير الحاكم الواقعة إذا رفعت إليه على قولين. فقال ابن القاسم: هو حكم اعتبارا

بأصل دلالة التّقرير وظاهر حال الحكم. وقال عبد الملك ابن الماجشون: ليس حكمًا ويجوز لحاكم آخر نقضه نظرًا لضعف الدّلالة. وهذا كما إذا زوّجت امرأة نفسها بغير إذن وليّها، ورفع ذلك إلى قاض يراه جائزا فأقرّه وأجازه ثم عزل. قال ابن القاسم: ليس لغيره فسخه وإقراره عليه كالحكم به. واختاره ابن محرز وهو ظاهر المدوّنة. ودرج عليه المختصر الخليلي حيث قال «ونقل ملك وفسخ عقد وتقرّر نكاح بلا وليّ حكم.» وقال عبد الملك: ليس بحكم ولغيره فسخه. ومثل ذلك المخيّرة تختار طلقة واحدة، ثم تتزوّج بمفارقها قبل زوج. فيرفع أمرها إلى حاكم يرى التّخيير بطلقة فيقرّ ذلك النّكاح. فليس لغيره فسخ ذلك النّكاح. على ما لابن القاسم. أمّا على مذهب ابن الماجشون فلغيره فسخ العقد؛ وجعل الطلاق الأوّل ثلاثا ومثله إذا علّق الطلاق أو العتاق على الملك أو التّزويج. أو تزوّج وهو مُحرم. فرفع ذلك إلى حاكم فأقرّ النّكاح على حاله وأقرّ المملوك رقيقا، وأجاز نكاح المُحرم وأقرّه. ثم رفع إلى غيره، فليس للغير نقض ذلك على ما لابن القاسم؛ وله الحكم بما يرى على ما لابن الماجشون. أما إذا لم يكن من الحاكم تقرير وكان مذهبه فسخ ذلك العقد؛ إلاّ أنّه لم يحكم بالفسخ؛ وإنّما قال «لا أجيزه» أو سكت فإنّ ذلك ليس بحكم اتّفاقا. وهذا كما إذا رفع إليه نكاح امرأة بغير إذن وليّها؛ فقال «لا أجيز النّكاح بغير وليّ» من غير أن يحكم بفسخه فهذه فتوى؛ ولغيره من الحكّام الحكم في تلك الواقعة بما يراه. وكذلك إذا ادّعى على شخص بمال وأقام شاهدًا؛ فقال الحاكم «لا أجيز الشّاهد واليمين» فهو فتوى اتّفاقًا. وكذا لو أقام شاهدًا على القتل فرفع لمن لا يرى القسامة فلم يحكم بها. فلغيره الحكم لأنّ سكوت الأوّل عن الحكم ليس بحكم.

هذا وما صوّرنا به التّقرير من أنّه السّكوت، وترك الحكم وعدم التعرّض. هو ما للقرافي في الإحكام. وتبعه ابن فرحون في تبصرته. ونقله المشدالي عن بعضهم.

وقال المحقّق القاضي إسماعيل التّميمي الشّريف: ما ذهب إليه القرافي غير سديد ولا مستقيم. لأنّ المراد ترك الواقعة على ما كانت عليه، بأن لم يحدث فيها الحاكم ما يغيّرها. وهكذا ذكر المسألة الشيخ في النّوادر واللّخمي وابن رشد وابن عرفة. فأمّا الشيخ فقال عن ابن الماجشون، بعد أن ذكر ما يفسخ من الأحكام وما يُقرّ؛ ما نصّه «:وهذا فيما يأخذه الحاكم من هذا ويعطيه لهذا. فأمّا ما هو ترك لما فعل الفاعل أو إمساك أن يحكم عليه بغيره، مثل ما مرّ من الاختلاف، في الطّلاق قبل النّكاح، والعتق قبل الملك، ونكاح المُحرم والحكم بالقسامة وطلاق الخيّرة، فيما قيل أنّها واحدة بائنة، فلو خيّرها، فاختارت نفسها، ثم تزوّجت قبل زوج، فرفع إلى حاكم يرى ذلك، فأقرّه، ولم يفرّق بينهما؛ ثم رفع لمن بعده، فلهذا أن يفسخ نكاحها ويجعلها البتّة، وليس إقرار الأول إيّاه حكما منه، وإن أشهد على ذلك وكتب. ثم ذكر في الطّلاق قبل النّكاح وما بعده من المسائل: أنّه إذا قرّرها حاكم فلمن بعده أن يحكم فيها بما يراه. ثم قال: وقال لي مطرّف مثل قول ابن الماجشون من أوّل هذا القول، وقال إنّه قول مالك وقاله أصبغ».اهـ. ولم يحك عن ابن حبيب أنّه تعقّب شيئا من ذلك، فلذلك عزاه ابن رشد له، فقال في البيان: اختلف في الحكم بترك الأمر وتجويزه. هل هو كالحكم؛ فذكر مذهب ابن القاسم ومذهب ابن الماجشون هذا، إلاّ أنّه عزاه لابن حبيب. وظاهر هذا الكلام أنّ الحاكم حكم بترك الأمر وتقريره على حاله. وهو صريح قول ابن الماجشون «ولو أشهد على ذلك، وكتب» فمدار هذا الاختلاف، هو أنّه: هل من شرط الحكم أن يكون متعلّقه تغيير أمر عن حاله أو لا. الأوّل لابن الماجشون والثّاني لابن القاسم. وهكذا أورد المسألة شيخ المحقّقين الإمام ابن عرفة إذ قال بعد أن عرّف الحكم، بأنّه جزم القاضي بحكم شرعيّ، على وجه الأمر به ما نصّه: وفي شرط متعلّقه، تغيير أمر عن حاله أو لا. قولا ابن الماجشون وابن القاسم.

اللّخمي: ما هو ترك لما فعل؛ وإمساك عن الحكم لغير الفاعل، كالحنث بالطّلاق قبل النّكاح والعتق قبل الملك ونكاح المحرم والحكم بالقسامة، فَحَكَم حاكم بإمضاء النّكاح واستمرار الرّق، ثم رفع لمن يرى خلاف ذلك فليحكم به ولا يمنع من ذلك ترك الأوّل. قاله ابن الماجشون ورأى أنّ التّرك ليس بحكم. وقال ابن القاسم في كتاب النّكاح: ذلك حكم وفسخه الثاني خطأ وهو أحسن.اهـ. وهو صريح فيما قرّرناه. وقول اللّخمي «فحكم حاكم بإمضاء» الخ. بيّن غاية فيما أسلفناه.



الفصل الخامس:
في تصرّفات الحكّام التي ليست حكما، ولغيرهم من الحكّام تغييرها والنّظر فيها

ذكر القرافي في الإحكام، في جواب السّؤال السّادس والثّلاثين، عشرين نوعا من التصرّفات التي ليست أحكاما. تقتصر منها على ثلاثة عشر. لأنّ ما زاد عليها، من متعلّقات الأيمّة والولاة لا من تصرّفات القضاة.

النّوع الأوّل؛ العقود، كعقد البيع والشراء والإجازة، في أموال المحجورين والغائبين. وكعقد النّكاح على من بلغ من الأيتام. فجميع ذلك ليس حكمًا. إلاّ أن يتوقّف على إبطال تصرّفات متقدّمة على هذه التصرّفات الواقعة من الحاكم الآن. كتزويجها بعد أن تزوّجت من غير هذا الزّوج والحاكم يعلم ذلك. وبيع العين من رجل بعد أن بيعت من رجل آخر، والحاكم يعلم ذلك، فإنّ العقود الأخيرة تقتضي فسخ تلك العقود السّابقة ظاهرا.

النّوع الثّاني؛ إثبات الصّفات. نحو ثبوت العدالة عند حاكم أو الجرح أو أهليّة الإمام للصلاة؛ أو أهليّة الأمّ للحضانة، أو أهليّة الوصيّة نحو ذلك. فجميع إثبات الصّفات ليس حكمًا، ولغيره أن لا يقبل من قبل الأوّل، وأن يقبل من ردّه الأوّل، لثبوت السّبب القاضي بذلك عنده.

النّوع الثّالث؛ ثبوت أسباب المطالبات. نحو ثبوت مقدار قيمة المتلف في المتلفات؛ وإثبات الدّين على الغرماء، وإثبات النّفقات للأقارب والزّوجات وإثبات أجرة المثل في منافع الأعيان ونحوه. فإثبات هذه الأسباب ليس حكمًا، ولغيره من الحكّام أن يغيّر مقدار تلك الأجرة وتلك النّفقة وغيرها من الأسباب المقتضية للمطالبة.

النّوع الرّابع؛ إثبات الحجاج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق. نحو كون الحاكم ثبت عنده التّحليف ممّن يتعيّن عليه الحلف، وثبوت إقامة البيّنات ممّن أقامها، وثبوت الإقرارات من الخصوم، ونحو ذلك. فإنّ هذه الحجج توجب ثبوت أسباب موجبة لاستحقاق مسبّباتها، ولا يلزم من كون الحاكم أثبتها أن يكون حكم، بل لغيره أن ينظر في ذلك ويبطله، إذا اطّلع فيها على خلل. ولا يكون ذلك الإثبات السّابق، مانعا من تعقّب الخلل في تلك الحجج.

النّوع الخامس؛ إثبات أسباب الأحكام الشرعيّة. نحو رؤية الهلال في رمضان وشوال وذي الحجة؛ ممّا يترتّب عليه وجوب الصّوم أو الفطر أو فعل النّسك، وإثبات أوقات الصّلوات. فجميع إثبات ذلك ليس بحكم بل هو كإثبات الصّفات.

النّوع السّادس؛ الفتاوى في الأحكام. أي الوجوب والنّدب والكراهة والتّحريم والإباحة، في العبادات وغيرها، من تحريم الأبضاع وإباحة الانتفاع، وطهارة المياه ونجاسة الأعيان، ووجوب الجهاد وغيره من الواجبات. فجميع ذلك ليس بحكم، بل لمن لا يعتقد ذلك أن يفتي بخلاف ما أفتى به الحاكم والإمام الأعظم. وكذلك إذا أمروا بمعروف أو نهوا عن منكر، فلمن لا يعتقد ذلك أن لا يفعل مثل فعلهم. إلاّ أن يدعوه الإمام للإنكار وتكون مخالفته شقاقا، فتجب الطّاعة لذلك. وأمّا الحاكم فلا يساعد على ما نعتقد نحن، خلاف ما هو عليه، إلاّ أن يخشى فتنة ينهى الشّرع عنها.

النّوع السّابع، تنفيذات الأحكام الصّادرة عن الحكّام، فيما تقدّم الحكم فيه من غير المنفّذ، بأن يقول «ثبت عند فلان من الحكّام كذا وكذا» ومثله إذا قال «ثبت عندي أنّ فلانا حكم بكذا». فليس ذلك حكما من المنفّذ، ولا من المثبت.

النّوع الثّامن؛ تصرّفات الحكّام، بتعاطي أسباب الاستخلاص، ووصول الحقوق إلى مستحقّيها من السّجن والإطلاق وأخذ الكفلاء الأملياء. وأخذ الرّهون

لذوي الحقوق، وتقدير مدّة السّجن بالشهور وغيرها. فهذه التصرّفات كيفما نقلت ليست حكمًا لازمًا. ولغير الأوّل من الحكّام، تغيير ذلك وإبطاله بالطّرق الشرعيّة، على ما تقتضيه المصلحة.

النّوع التّاسع؛ التصرّف في أنواع الحجاج، بأن يقول «لا أسمع البيّنة، لأنّك حلفت قبلها، مع قدرتك وإحضارها» أو «لا أحكم بالشّاهد واليمين» أو «لا أردّ اليمين على المدّعي» أو «لا أحلّف المدّعى عليه، لأنّها يمين تهمة، ومذهبي أنّها لا تحلّف» فهذا كلّه ليس حكا شرعيّا ولغيره من الحكّام، أن يفعل ما تركه.

النّوع العاشر؛ من التصرّفات، تولية الحكّام النّواب عنهم في الأحكام، ونصب الكتّاب والقُسّام والمترجمين والمقوّمين، وإقامة الحجّاب والوَزَعة، ونصب الأمناء[376] في أموال الغائبين والمجانين، وإقامة من يتّجر في أموال الأيتام، أو يعمّر العقّار أو يجبي ريعه. فكل ذلك ليس بحكم، ولغيره من الحكّام نقض ذلك، وإبداله بالطّرق الشّرعية، لا بمجرّد التشهّي والهوى.

النّوع الحادي عشر؛ إثبات الصّفات الموجبة التمكّن من التصرّف في الأموال، كالرّشد أو المزيلة للمكنة من التصرّف فيها كالسّفه. فليس ذلك حكما يتعذّر نقضه ولغيره أن ينظر في تلك الأسباب، ومتى تحقّق ضدّ ما تحقّق عند الأوّل نقض الأوّل، وحكم بضدّه.

النّوع الثّاني عشر؛ تعيين إحدى الخصال في الحرابة لعقوبة المحاربين. ليس حكمًا شرعيّا. فإذا رفع إلى غيره ممّن يرى التّخيير، ورأى أنّ المصلحة في غير ما عيّنه الأوّل. كان له تغيير ما عيّنه الأوّل، وتعيين خصلة أخرى.

---

[376] هم المقدّمون. فالمقدّم مولّى من قبل القاضي.و التّقديم ولاية.لا فرق بين أن يكون على محجور أو على وقف.وليس التّقديم من وادي الأحكام كما يتوهّمه بعض الضعفاء. نعم التّرشيد و التّحجر حكمان، أمّا نصب المقدّم فمن قبيل الولاية.

النّوع الثّالث عشر؛ تعيين مقدار من التّعزير ليس حكمًا شرعيّا. فإذا لم يقع التّنفيذ ورفع إلى غيره. فرأى خلافه، فله أن يبطل المعيّن ويعيّن غيره. إذ ليس الأوّل حكما شرعيّا بل اجتهاد في سبب هو الجناية. فإذا ظهر للثّاني أنّها لا تقتضي ذلك فله الحكم بما يراه.

الفصل السّادس
في بيان المواضع التي يكون الحكم فيها جزئيّا، والمواضع التي يكون فيها كليّا

لمّا كان الغرض من الحكم، رفع النّزاع الواقع بين المتداعيين، وإنصاف أحدهما من الآخر، لزم أن يختصّ بهما ولا يتجاوزهما، وأن يتعلّق بالقضيّة الواقعة لا بنظيرتها. وهذا معنى كون الحكم جزئيّا لا كليّا. ولم يخرج عن جزئيّة الحكم، إلاّ ثلاثة مواضع كان الحكم فيها كلّيا؛ لتتحقّق فائدة الحكم وتحصّل ثمرته. وهي الحكم بالتّصفيق على المذهب المالكي. والحكم بالصحّة والحكم بالفساد. فالحكم بالتّصفيق، كأن يطلب أحد المتشاركين في عقّار، غير قابل للقسمة من شركائه، المتّحدين معه في المدخل؛ تصفيق العقّار لعدم قبوله للقسمة، ويجيبه أحد الشّركاء دون بقيّتهم بالامتناع من تصفيق جميعه. ولا يحضر بقيّة الشّركاء. فيحكم القاضي المالكي بتصفيق جميعه. فالحكم يعمّ المرافع وغيره. والحكم بصّحة العقد كالحكم بصحّة الحبس الخالي من الحيازة على المذهب الحنفي، والحكم بصحّة الهبة في المشاع على المذهب المالكي، وبصحّة الوصيّة للمعدوم على المذهب المالكي أيضا. فإذا قام في الحبس الخالي من الحيازة أحد الورثة؛ على مقدّم الوقف أو أحد الموقوف عليهم؛ لدى القاضي طالبا تمكينه من منابه إرثا في ذلك الوقف؛ والحكم بفساد الوقفيّة لخلوّه من الحوز؛ وأجابه ناظر الوقف أو أحد الموقوف عليهم؛ بأنّه وقف صحيح ليس للوارث حقّ فيه بطريق الإرث؛ فأصدر الحاكم بعد استيفاء الموجبات حكمه بصحّة الوقف إذا كان حنفيّا، أو بفساده إذا كان مالكيّا، فإنّ الحكم يعمّ جميع أهل الوقف المجيب منهم وغيره؛ وليس لحاكم آخر أن يحكم بضدّ ما حكم به القاضي الأوّل في ذلك الوقف؛ إذا تجدّد

النّزاع فيه بين آخرين؛ لأنّ حكم الحاكم يرفع الخلاف. وقد نظم هذا الفقه؛ القاضي التّونسي الشيخ محمد السنوسي؛ المتوفى سنة 1200 في نظمه المسمّى بلقط الدّرر؛ فقال في مبحث الوقف:

والحكم بالصّحة في الوقف انسحب ❁ وهو في الاستحقاق ليس ينسحب

فإن على حرمان زيد أصـــدرا ❁ فما على ابنه يرى معتبـــرا

وقال في مبحث القضاء:

والحكم بين إثنين من قاض جـرى ❁ عليهما بالحكم منه اقتصـــرا

مثل استحقاق الوقف والفرد وما ❁ يعرو ولا يجري على غيرهـــما

لأنّ حكم القاضي جزئيّ كـــما ❁ نصّ على ذاك الثّقات العلـــما

أمّا إذا بصحّة الوقف حكـــم ❁ أو بفساده فحكمـه يعـــمّ

فكلّ أهل الوقف فيه من حضـــر ❁ وغائب عليهم الحكم استمـــر

وينبغي أن يتنبّه إلى أنّ المراد بالعموم في الصحّة عموم الأشخاص؛ لا عموم الأحوال، لأنّ حُكم القاضي بالصّحة إنّما يتسلّط على الجهة التي ادّعي تسرّب الفساد منها، أي أنّه صحيح من هذه النّاحية، وهي التي وقع التّرافع فيها، ولا يتناول الأحوال التي لم يقع الخوض فيها ولا التعرّض لها. فالحكم بصحّة هبة المشاع، المتنازع في صحّتها من حيث الشّيوع إنّما هو من حيث الشّيوع. أي أنّ الشّيوع غير مخلّ بصحّتها. والحكم بصحّة الوقف الخالي من الحيازة، المتنازع في صحّته من هذه الجهة، إنّما هو من حيث أنّ خلو الوقف عن الحوز لا يخلّ بالصّحة. فلا ينقض الحكم بالصحّة من الجهة التي وقع التّنازع فيها، أما لو وقع التّرافع بعد الحكم الأوّل، في الصّحة والفساد من نواح أخرى. ككون الواهب أو الواقف محجورا عليه، فإنّ الحكم الأوّل بالصّحة، لا يسلّط على هذه الجهة، ولا يصدّ الحاكم عن الحكم بفساد هذا العقد لثبوت الحجر،

ولا يكون هذا الحكم ناقضا للحكم الأوّل لاختلاف الجهة. فليتنبّه إلى ذلك فإنّه من مداحض الأقدام ومزالق الأنظار.

وفي غير هذه المواضع الثلاثة، لا يكون الحكم إلاّ جزئيّا. قال في المختصر "ولم يتعدّ لمماثل، بل إن تجدّد فالاجتهاد كفسخ برضاع كبير، وتأييد منكوحة عدّة. وهي كغيرها في المستقبل"اهـ. قال الشيخ حلولو في شرح هذه العبارة: "يعني أنّ الحكم بالاجتهاد لا يكون كلّيّا بل هو جزئيّ، لا يتعدّى الصّورة التي هي محلّ الحكم. وبيان أنّ حكم القاضي لا يتعلّق إلاّ بالجزئيّات هو أنّ معظم نظره، إنّما هو فيما يحتاج فيه إلى البيّنات، والبيّنة إنّما تشهد بما رأته وشافهته وذلك جزئيّ. فإذا فسخ نكاحا بين زوجين، بسبب أنّ أحدهما رضع أم الآخر وهو كبير، فالفسخ ثابت لا ينقضه أحد. ولكنّه إن تزوّجها بعد ذلك فرفع أمرهما إليه، أو إلى غيره ممّن ولّي بعده لم يمنعه ذلك من الاجتهاد فيها. فإن أدّاه اجتهاده إلى أنّ رضاع الكبير لا ينشر الحرمة، أقرّه على ذلك ولم يفسخه، وهكذا من تزوّج امرأة في عدّتها، ورفع إلى مالكيّ يرى مع الفسخ تأييد الحرمة، فإنّ حكمه لا يتعدّى الفسخ، وأمّا تحريمها في المستقبل، فلم يتعلّق به الحكم، والواقعة بالنّسبة للاجتهاد كغيرها" .اهـ. وقال ابن فرحون في تبصرته صفحة ٧١ من الجزء الأوّل، نقلا عن القرافي: أعلم أنّ القاضي إذ حكم بفسخ نكاح أو بيع أو إجارة وشبه ذلك، لموجب من موجبات الفسخ. وذلك في مسألة مختلف فيها، ومثار الخلاف فيها اجتهادي، ليس فيها نصّ جليّ يمنع من الاجتهاد، فإنّ حكم الحاكم لا يتعدّى ذلك الفسخ، وأمّا ما يتبع ذلك من الأحكام والعوارض، فذلك القاضي بالنّسبة إليها كالمفتي. وكذلك لو حدثت قضيّة أخرى مثل القضيّة التي حكم فيها بالفسخ، في ولاية ذلك القاضي، ولم ترفع إليه أو رفعت إليه، ولم ينظر فيها حتى عزل أو مات، فإنّها تحتاج إلى إنشاء نظر آخر من القاضي الأوّل، أو من القاضي

الثّاني، ولا يكون حكم القاضي الأوّل متناولا إلاّ لما باشره بالحكم. وسبب ذلك أنّ حكم القاضي لا يتعلّق إلاّ بالجزئيات دون الكليّات؛ لأنّ معظم ما ينظر القاضي فيه يحتاج إلى بيّنة، والبيّنة إنّما تشهد بما رأته أو شافهته وذلك أمر جزئيّ. وهذا هو غالب ما تشهد به البيّنة ويحكم القضاة به. إذا ثبت ما قرّرناه، فإنّ القاضي إذا فسخ نكاحا بين زوجين، بسبب أنّ أحدهما رضع أمّ الآخر، وهو كبير فالفسخ ثابت، لا ينقضه أحد ولكنّه إن تزوّجها بعد ذلك، فرفع أمرهما إلى غيره، ممّن ولي بعده لم يمنعه ذلك الفسخ، أن يجتهد ويبيحها له، إن أدّاه اجتهاده إلى أنّ رضاع الكبير لا ينشر الحرمة. وكذا لو رفع إليه نفسه و تغيّر اجتهاده،فله أن يبيحها له و كذا من تزوّج امرأة في عدّتها، ورفع ذلك إلى قاض مالكي، فإنّه يرى مع الفسخ تأبيد التّحريم، ومع هذا فإنّ حكمه لا يتعدّى الفسخ. فإذا تزوّجها بعد ذلك ورفع أمرها إلى قاض آخر، لا يرى تأبيد التحريم، لم يكن القضاء الأوّل مانعًا من أن يبيحها له. ويكون الحكم في حقّ المرأتين؛ في هذا الفرع والذي قبله؛ حكم امرأتين لم يتقدّم عليهما حكم. (فرع) وكذلك؛ لو جمع رجل في عقد النّكاح بين النّكاح والبيع، أو بين النّكاح والإجارة، ورفع ذلك إلى قاض مالكيّ، فحكم بالفسخ على مشهور المذهب لرأي رآه؛ أو لتقليده ابن القاسم في ذلك؛ ثم تزوّج ذلك الرّجل تلك المرأة بعينها، على ذلك الوجه الفاسد؛ الذي حكم القاضي بفسخه بينهما؛ فرفع أمرهما إلى القاضي الأوّل أو إلى قاض غيره؛ فإنّ حكم القاضي الأوّل لا يتناول فساد هذا العقد الثّاني، بل إذا أدّى نظر القاضي الثّاني إلى خلاف ما أدّى إليه اجتهاد الأوّل، من إمضاء النّكاح أو البيع مطلقا؛ أو بشرط أن يبقي للبضع ربع دينار أمضاه.اهـ. وظاهر قول القرافي "حكمه لا يتعدّى الفسخ" أنّ للحاكم الثاني أن يحكم بصحّة العقد المجدّد؛ سواء كان الأوّل حكم بالفسخ فقط أو حكم بالفسخ وتأبيد التّحريم. وهو ظاهر كلام

الجواهر؛ ونصّها: على نقل الموّاق[377]: قال في الجواهر: «إن كان حكم الأوّل باجتهاد فيما طريقه التّحريم والتّحليل؛ ليس نقل ملك من أحد الخصمين إلى الآخر؛ ولا فصل حكومة بينهما ولا إثبات عقد بينهما ولا فسخه. مثل أن يرفع إلى قاض رضاع كبير؛ فيحكم بأنّ رضاع الكبير يُحرّمُ ويفسخ النّكاح من أجله؛ فالقدر الذي ثبت من حكمه؛ هو فسخ النّكاح فحسب وأمّا تحريمها عليه في المستقبل فإنّه لا يثبت بحكمه بل يبقى ذلك معرّضا للاجتهاد فيه. وكذلك لو رفع إليه حال امرأة نكحت في عدّتها ففسخ نكاحها وحرّمها على زوجها؛ لكان القدر الذي ثبت من حكمه فسخ النّكاح فحسب؛ وأمّا تحريمها عليه في المستقبل فمعرّض للاجتهاد. ومن هذا الوجه أن يحكم بنجاسة ماء أو طعام أو شراب، أو تحريم بيع أو نكاح أو أجارة. فإنّه لا يثبت في ذلك الجنس من العقود ولا البياعات على التأبيد، وإنّما له أن يغيّر من ذلك ما شاهده، وما حدث بعد ذلك فإنّه معرّض لمن يأتي من الحكّام والفقهاء»اهـ. وهو ظاهر قول خليل أيضا «بل إن تجدّد فالاجتهاد كفسخ برضاع كبير، وتأبيد منكوحة عدّة. وهي كغيرها في المستقبل»اهـ. وجعل معظم شرّاحه، محلّ ذلك، إذا حكم الحاكم بمجرّد الفسخ، ولم يحكم بتأبيد التّحريم، أمّا إذا حكم بهما معا فليس لحاكم آخر، الحكم بصحّة العقد الثّاني، لإفضائه إلى نقض القضاء الأوّل.

وقد نزل سنة 1318 أن تزوّجت امرأة قبل انقضاء عدّتها، فحكم القاضي المالكي بفسخ النّكاح وتأبيد التّحريم. وبعد الاستبراء عقد الزّوج المحكوم بفسخ نكاحه عقدا جديدا عليها، على مقتضى المذهب الحنفي. ورأى أهل الشّورى المالكيّة، أنّ الحكم الأوّل مانع من تجديد العقد عليها، ويمنع القاضي الحنفي من الحكم بصحّة

---

[377] هو محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري شهر بالموّاق الأندلسي، له كتاب سنن المهتدين في مقامات الدّين؛ وشرح على مختصر خليل، نحا فيه طريقا انفرد به وهو الاقتصار على عزو مسائله ونقل فقهه من أصول المذهب، بما يوافقه أو يخالفه؛ من غير تعرّض لألفاظه؛ بلغ الغاية في الجودة وتحرير النّقول. توفي في شعبان سنة 897.

هذا النّكاح؛ بناء على ما قيّد به غالب شرّاح المختصر كلامه. وبلغ ذلك الوالد الشيخ يوسف جعيّط[378]، رحمه الله، فراجع في ذلك العلاّمتين الشيخ عمر بن الشيخ[379]؛ أحد الشيوخ الفتوى المعروف بدقّة النّظر؛ وجودة الفهم في تحقيق المناط؛ المتوفّى سنة 1329 والشيخ محمد النجّار الشريف[380]؛ أحد أساطين الفتوى؛ المعروف بسعة العلم؛ وغزارة الحفظ وكثرة الاطّلاع، المتوفى سنة 1330. وألّف في الغرض رسالة، كانت سببا في رجوعهما إلى ما رآه. رحم الله جميعهم ورزقهم رضوانه. وها أنا ذا أورد رسالة الوالد لاختصارها، ورشاقة أبحاثها وغزارة فوائدها، وإعانتها على تحقيق مباحث ستأتي في الفصول الآتية. وهذا نصّها:

«بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله الذي أوضح للحقّ سبيلا، والصّلاة والسّلام على نبيّه محمّد وصحبه وتابعيه القائمين بنصرة دينه جيلا فجيلا. وبعد فهذه تقريرات جمعتها وتحريرات أثبتّها، تتعلّق بمسألة رفع الخلاف بحكم الحاكم، وما انبنى عليها من الفتاوى، في نحو مسألة المتزوّجة في العدّة، إذا حكم الحاكم بفسخ النّكاح، وتحريمها على من تزوّج بها تحريما مؤبّدا. هل إذا عقد عليها الزّوج المذكور

[378] هو أبو المحاسن يوسف بن أحمد بن عثمان ابن قاسم جعيّط؛ القيرواني الأصل التّونسي الدّار. كان معدودا من علماء عصره. يشهد له معاصروه بحدّة النّظر، وأصالة الرأي وسعة الاطّلاع. تصدّى للتّدريس أوّلا، ثمّ دخل في سلك كتابة الدّولة، وهي معدودة في عصره من الخطط العلميّة، كما هو شأنها في الأندلس والمغرب. وتدرّج في مراتبها إلى أن بلغ الوزارة الكبرى و مات عليها و لم تقطعه هذه الوظائف،عن المطالعة العلميّة و مراجعة شيوخه و معاصريه في كثير من المواضيع العلميّة. مولده سنة 1247 وتوفي سنة 1333.

[379] هو أبو حفص عمر بن الشيخ أحمد، المعروف بابن الشيخ، من بلد رأس الجبل. أحد الرّاسخين في العلم، وشيخ العلماء بتونس. تقلّب في وظائف علميّة وإداريّة، فزانها بعلمه واستقامته وحدّة نظره. مولده في حدود سنة 1237 وتوفي سنة 1329.

[380] هو محمد بن عثمان النّجار الشريف، القيرواني الأصل التّونسي الدّار. امتاز عن علماء عصره بسعة الاطّلاع، وقوّة الحفظ، والشغف بالمطالعة. له رسائل وكتابات على أحاديث كثيرة من صحيح البخاري، يكتبها في كلّ رمضان على كتابتين، ويلقي إحداهما في جامع حرمل، وثانيتهما في ضريح الولي الصالح سيدي أحمد بن عروس. ويحضرهما علماء عصره والتلاميذ. وله فتاوى كثيرة. مولده سنة 1240 وتوفي سنة 1331.

عقدًا ثانيًا، ورفع ذلك لحاكم لا يرى تأبيد التحريم، أن يحكم بصحّة العقد الثّاني؛ لأنّه نقض لقضاء القاضي الأوّل الحاكم بتأبيد التّحريم. وظاهر المختصر الخليلي على الأوّل؛ ومعظم شرّاحه على الثّاني. فأقول : يلزم قبل الخوض في تحرير هذه المسألة تقديم مقدّمتين. الأولى؛ أنّ التحليل والتّحريم معلوم أنّهما أحكام شرعيّة محضة. ليس للعبد أن يحلّل أو يحرّم شيئا على العباد. وإنّما المحلّل والمحرّم هو الله تعالى. وهو المنشئ لذلك. قال ابن شاس في الجواهر: إنّما القضاء إظهار لحكم الشّرع؛ لا اختراع له.اهـ. وهو إنشاء إلزام أو إطلاق؛ يترتّب على مقتضى تلك الأحكام الشرعيّة؛ لا إنشاء تحريم أو تحليل. وإلاّ كان تحصيلا للحاصل. وقال القرافي في الإحكام، في الفرق بين الفتاوى والأحكام. ما محصّله في الفرق بين المجتهد في الفتوى والحكم أنّه في الفتوى يخبر عن مقتضى الدّليل الرّاجح عنده. فهو كالمترجم عن الله تعالى فيما وجده في الأدلّة. كترجمان الحاكم، يخبر النّاس بما يجده في كلام الحاكم أو خطّه. وهو في الحكم ينشئ إلزاما أو إطلاقا للمحكوم عليه، بحسب ما يظهر له من الدّليل الرّاجح، والسّبب الواقع في تلك القضيّة. فهو إذا أخبر النّاس، أخبرهم عمّا حكم به هو. لأنّ الله تعالى فوّض له ذلك بما ورثه عن رسول الله صلى الله عليه وسلّم، ممّا في قوله «وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ». وإذا أخبر النّاس في الفتيا، أخبرهم عن حكم الله تعالى، الذي فهمه عن الله في أدلّة الشّرع. فهو في مقام الحكم كنائب الحاكم، يحكم بنفسه وينشئ الإلزام والإطلاق، بحسب ما يقع له من الأسباب والحجاج. لأنّ مستنيبه جعل له ذلك بخلاف التّرجمان الذي جعل متّبعا لا منشئا.

المقدّمة الثانية، إنّ القضاء شرع لقطع النّزاع والخصومات بين العباد. وهو إنّما يتعلّق بالجزئيّات لا بالكليّات. قال في التّوضيح: إنّ الحكم بالاجتهاد لا يكون كليّا بل هو جزئيّ، لا يتعدّى الصّورة التي هي محلّ حكمه. وذلك أنّ حكم القاضي لا يتعلّق

إلاّ بالجزئيّات. لأنّ معظم ما ينظر فيه القاضي يحتاج فيه إلى بيّنة. والبيّنة إنّما تشهد بما رأته وشاهدته. وذلك جزئيّ. وقال الإمام ابن عرفة في مختصره: ولما كان حكم الحاكم إنّما يتعلّق بجزئي لم يكن حكم حاكم ثان، بنقيض حكم الأوّل في جزئي آخر نقضًا لحكمه. ولذا قال المازري: «كان الصدّيق رضي الله تعالى عنه يسوّي في العطاء من الفيء بين الشّريف والمشروف، فلمّا ولّي عمر فاضل بين النّاس. فلمّا ولّي علي سوّى بينهم فلم يكن اختلافهم نقضا لقضاء بعضهم بعضا».اهـ. إذا تمهّد هذا، فاعلم أنّ ظاهر ما ذهب إليه ابن شاس في الجواهر تبعا لابن محرز؛ أنّ الحاكم إذا حكم بتأبيد تحريم المتزوّجة في العدّة على المتزوّج بها؛ وفسخ النّكاح بينهما؛ أنّه إذا تجدّد العقد عليها من ذلك الزّوج؛ أنّ للحاكم الثاني أن يحكم بصحّته، ولا يكون ذلك نقضا لقضاء القاضي الأوّل. ونصّ عبارته في الجواهر: وإن حكم بالاجتهاد فيما طريقه التّحريم والتّحليل، وليس بنقل ملك من أحد الخصمين إلى الآخر ولا فصل خصومة بينهما؛ ولا إثبات عقد وفسخه مثل رضاع كبير، فيحكم بأنّه رضاع محرّم؛ ويفسخ النّكاح لأجله. فالفسخ حكم والتّحريم في المستقبل لا يثبت بحكمه؛ بل يبقى ذلك معرّضا للاجتهاد فيه. وكذلك لو رفع إليه حال امرأة أنكحت في عدّتها؛ ففسخ نكاحها وحرمها على زوجها؛ لكان القدر الذي يثبت من حكمه فسخ النّكاح فحسب؛ وأمّا تحريمها عليه في المستقبل؛ فمعرّض للاجتهاد. ومن هذا الوجه أن يحكم بنجاسة طعام أو شراب أو تحريم بيع أو نكاح أو إجارة. فإنّه لا يثبت حكم في ذلك الجنس من العقود ولا البياعات على التأبيد. وإنّما له أن يغيّر من ذلك ما شاهده. وما حدث بعد ذلك فإنّه معرّض لمن يأتي من الحكّام والفقهاء».اهـ. فأنت تراه كالصّريح، في أنّ حكم الحاكم بالتّحريم فتوى منه لا حكم. لقوله إنّه لا يثبت بحكمه، بل يبقى ذلك معرّضا للاجتهاد فيه؛ وإنّ الذي هو حكمه هو الفسخ فقط، وذلك لما بيّناه لك

سابق؛ من أنّ التّحليل والتّحريم أحكام شرعيّة محضة. والله تعالى هو المنشئ لها لا غير. والقضاء إظهار لحكم الشّرع لا اختراع له. وأنّ حكم الحاكم لا يتجاوز غير إنشاء الإلزام أو الإطلاق للمحكوم عليه؛ بحسب ما يظهر له من الدّليل الرّاجح. والسّبب الواقع في تلك القضيّة من الحكم الشّرعي. فالحكم الشّرعي بنشر الحرمة —مثلا- برضاع الكبير؛ الذي اعتقده الحاكم بسبب حكمه بفسخ النّكاح ما هو حكمه بل هو حكم الله تعالى في اعتقاده، على مقتضى ما أدّاه إليه اجتهاده، والسّبب غير المسبّب. وإذا كان متعلّق حكمه الفسخ لا غيره، فهو العقد الذي وقع النّزاع فيه. فإذا تجدّد عقد آخر، فهو غير العقد الذي تعلّق به الحكم بل هو مثله فيجري فيه الاجتهاد. ولا يكون ذلك نقضًا للقضاء الأوّل. إذ حكم المجتهد في جزئيّ معيّن، لا يتعدّى لمماثل يحدث. لأنّ الحكم جزئي لا كلّي. فلا يكون حكمه في الأوّل حكمًا للمماثل، رافعًا للخلاف فيه أيضًا. فإن قلت: قد وضّح الحقّ لذي عينين. فما مستند معظم شرّاح الشيخ خليل فيما ذهبوا إليه، من أنّ الحاكم إذا حكم بتأبيد تحريم المتزوّجة في العدّة على من تزوّج بها، فليس لقاض آخر، إن تجدّد العقد عليها من ذلك الزّوج أن يحكم بصحّته، لأنّه نقض لما حكم به الحاكم الأوّل. قلت: مستندهم في ذلك، ما ذكره الإمام ابن عرفة في مختصره الفقهيّ بحثًا مع ابن شاس. وتابعه عليه الشّيخ الحطّاب في شرح المختصر الخليلي. ونصّ ما ذكره الإمام ابن عرفة: «ابن شاس: «إن رفع لقاض رضاع كبير، فحكم بأنّ رضاع الكبير يُحرِّمُ، وفسخ نكاحه لذلك؛ فالقدر الذي يثبت من حكمه هو فسخ النّكاح فقط، لا تحريمها عليه في المستقبل بل هو باق لتعلّق الاجتهاد به. وكذا فسخه نكاح معتدّة، وتحريمها على زوجها. الثّابت من حكمه فسخه، لا تحريمها عليه في المستقبل.» وتبعه ابن الحاجب وقبلوه. قلت: وهو صواب في مسألة المعتدّة. وأمّا رضاع الكبير، فغير صحيح أو فيه نظر. وبيانه أنّ علّة منع حكم الثّاني بخلاف حكم

الأوّل، هي كون حكم الثّاني رافعًا لمتعلّق حكم الأوّل بالذّات. وهذا لأنّه[381] دار معه وجودًا وعدمًا. أمّا وجودًا. ففي أمثال حكم الحاكم الثّاني، يكون المبتاع الأوّل فيما باعه الآمر والمأمور أحقّ بالمبيع، ولو قبضه المبتاع الثاني بعد حكم الأوّل، بأنّ قابضه أحقّ. وأمّا عدمًا ففي جواز حكم عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما، بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء. وتقرّر في أصول الفقه اعتبار الدّوران. إذا ثبت هذا ونظرنا، وجدنا حكم الثاني في مسألة النّاكح في العدّة. غير رافع لنفس متعلّق حكم الأوّل. لأنّ متعلّق حكمه بالذّات الفسخ، والتّحريم تابع له. فلم توجد علّة منع حكم الثّاني فيها. ووجدنا حكم الثّاني، في مسألة رضاع الكبير، رافعا لنفس متعلّق حكم الأوّل بالذات وهو تحريم رضاع الكبير، وفسخ نكاح رضاع الكبير تابع لهذا المتعلّق بالذات. لأنّه متعلّق حكمه بالذّات، فيجب منع حكم الثّاني، عملا بالعلّة الموجبة لمنعه. فتأمّله،اهـ.

وقال الشيخ الحطّاب: ما ذكر ابن عرفة من البحث مع ابن شاس، وتفريقه بين المثالين ظاهر. لأنّ حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النّكاح؛ مستلزم لحكمه بتحريم رضاع الكبير، إذ لا موجب للفسخ سواه. فحكم الثّاني بصحّة النّكاح الثّاني؛

---

[381] إيضاح لكلام ابن عرفة : قوله «لأنّه دار معه وجودا وعدما» أي لأنّ منع حكم الثّاني بعد حكم الأوّل؛ دار مع رفع حكم الثّاني لمتعلّق حكم الأوّل فحيث وجد من الحكم الثّاني رفع متعلّق حكم الأوّل بالذات امتنع. وحيث انتفى من حكم الثّاني رفع متعلّق حكم الأوّل بالذّات جاز. وقوله «أمّا وجودا؛ ففي أمثال حكم الحاكم الثاني بكون المبتاع الأوّل» الخ. يريد بذلك؛ أنّ الإنسان إذا كان مالكا لسلعة؛ فأمر غيره بيعها؛ ثم باعها صاحبها من إنسان وباعها الوكيل المأمور من إنسان آخر، ولم يكن أحدهما علم ببيع الآخر، فوقع التّنازع بين المشتريين، فحكم الحاكم بأنّ قابضها أحقّ بها، ثم جدّد التّنازع، فحكم الحاكم بأنّ المشتري أوّلا أحقّ بالسّلعة. فإنّ هذا الحكم الثاني لا يصحّ، لأنّه رافع لكون المشتري ثانيا القابض للسّلعة أحقّ بها. وقوله «وأما عدما. ففي جواز حكم عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما، بخلاف ما حكم به من قبلهما في قسم الفيء» يريد أنّ أبا بكر سوّى في العطاء، وعمر فاضل فيه وعليّا سوّى فيه. وجاز ذلك؛ لأنّ حكم عمر لم يبطل ما حكم به أبو بكر. وهو إعطاء بعض قدرا خاصا من المال، لأنّ ذلك نفذ. فالمعطى هو المنظور أوّلا وقد نفذ. والتّسوية تابعة غير منظور إليها بالذات. فلذلك جاز نقضها. وفي التّمثيل بهذا المثال نظر؛ لأنّ هذا التصرّف ليس من الحكم؛ على ما قاله القرافي في إحكام السؤال 36.

رافع لحكم الأوّل بتحريم رضاع الكبير. فلا يصحّ حكمه بذلك، بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدّة، فإنّه لا يستلزم الحكم بتأبيد حرمتها. لأنّ الفسخ لكون النّكاح في العدّة فاسدًا؛ وتأبيد التحريم أمر وراء ذلك اختلف فيه العلماء. هل يستلزمه النّكاح في العدّة أم لا. وأمّا الفسخ فلا تعلّق له به. نعم وقع في عبارة ابن شاس التي نقلها الجماعة؛ منهم ابن عرفة، أنّ القاضي فسخ نكاح المعتدّة وحرّمها. فإن كان مرادهم بقولهم «حرّمها» أنّه حكم بحرمتها عليه للفسخ فما قالوه ظاهر. وإن كان مرادهم أنّ القاضي حكم بتأبيد حرمتها، فكيف يصحّ حكم القاضي الثّاني بصحّة النّكاح الثاني. ولعلّهم فهموا المعنى الأوّل. وأمّا على المعنى الثّاني فلا يصحّ للقاضي الثّاني أن يحكم بصحّة النّكاح الثّاني. وذكر بعد ذلك تنبيها نصّه : تنبيه لو رفع نكاح النّاكح في العدّة لقاض ففسخه، ثم تزوّجها ذلك الزّوج، بعد انقضاء العدّة والاستبراء من وطئه، فرفع ذلك لقاض يرى تأبيد حرمتها، ففسخ النّكاح حينئذ، فلا يصحّ لقاض آخر، أي يحكم بصحّة نكاحها بعد ذلك، لأنّ فسخ هذا النّكاح الثّاني، مستلزم للحكم بتأبيد تحريمها على النّاكح في العدّة. إذ لا مقتضى للفسخ سواه فتأمّله. والله تعالى أعلم. اهـ. بلفظه. فتلقّاه الشرّاح المذكورون بالقبول وجروا عليه في شروحهم. وبه جرت فتاوى المشايخ العصريين. وأقول: إنّي لأعجب من تلقّي الشرّاح لذلك بالقبول. مع أنّ الإمام ابن عرفة إنّما ذكر بحثا لا فقها. إذ لم ينقل عن أحد من الفقهاء ما يخالف ما ذكره ابن شاس. بل ذكر أنّهم قبلوه يعني الفقهاء. وما بعد قبول الفقهاء له إلاّ تسليمه واعتقاده الفقه. ومن المعلوم المقرّر، أنّ أبحاث الإمام ابن عرفة تؤخذ تفقّهًا لا فقهًا. فكيف يلغى ما قبله الفقهاء ويؤخذ ما ذكر بحثًا. على أنّ ما ذكره ابن شاس لم ينفرد به. بل هو تابع في ذلك لابن محرز. حيث قال في تبصرته: وكذلك لو رفع إليه نكاح في عدّة ففسخه، وحرّمها على زوجها، لكان الذي يثبت من حكمه

هو فسخ نكاحها فحسب. وأمّا تحريمها في المستقبل فمعروض للاجتهاد. ثم قال: ولم يحرّم ذلك على التأبيد.اهـ. وجرى عليه القرافي في قواعده. وقد أوضحنا لك سابقًا وجه الفقه في المسألة، وأنّه لا يصحّ من الحاكم الحكم بالتّحليل والتّحريم. فإذا صدر منه ذلك، فهو جار منه مجرى الفتوى لا الحكم. وإنّما يحكم بمقتضاه من فسخ أو غيره كما تقدّم. فإن قلت: هل من جواب على ما أوضح به الحطّاب بحث ابن عرفة مع ابن شاس. قلت: الجواب عن ذلك بمنع الملازمة، بين الحكم بفسخ النّكاح برضاع الكبير، والحكم بتحريم رضاع الكبير. إذ الذي يستلزمه الحكم بفسخ النّكاح برضاع الكبير اعتقاد نشر الحرمة برضاع الكبير، لا الحكم بنشر الحرمة برضاع الكبير. فرضاع الكبير في اعتقاد الحاكم سبب في نشر الحرمة. وترتّب المسبّبات على أسبابها لا يدخلها حكمه. وحينئذ لا يصحّ أن يقال: إنّ الحكم بفسخ النّكاح يستلزم الحكم بالتّحريم. بل إنّما يستلزم اعتقاد التّحريم لا الحكم به. والذي لا ينقض ويرفع الخلاف هو حكمه. وذلك لمصلحة الأحكام ورفع التّشاجر والخصام لا اعتقاده، إذ لا تلزم الموافقة عليه. وحكمه بالفسخ فيما ذكر، إنّما تعلّق بجزئيّ خاص وهو العقد الأوّل. فإذا تجدّد فهو عقد ثان، لم يتقدّم فيه حكم بل هو مثله. فيجري فيه الاجتهاد حينئذ. ولا يكون ذلك نقضًا للقضاء الأوّل. هذا ما ظهر للذّهن الكليل. والله تعالى المرشد سواء السّبيل.اهـ. الرّسالة.

الفصل السّابع: في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا أو تضمّنا

ذكر ابن فرحون في تبصرته، في الفصل الثّالث من القسم الأوّل من الرّكن السّادس: المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا أو تضمّنًا من غالب الأبواب الفقهيّة. ولخّص ذلك من كلام الشيخ سراج الدّين البلقيني[382] الشافعي. غير أنّ ما ذكره رحمه الله، لا يتمشّى الكثير منه مع الأصول المالكيّة. فرأينا أن نذكر نصّه في كلّ موضع، ونردفه بما يوضّح الحقّ فيه، حتى لا يؤخذ على علاّته. وننقل نصّه محكيّا بقال. ونردفه بما رأيناه بأقول. ونختم الفصل بمسألة البيّنات. هل يدخلها الحكم استقلالا أو تضمنّا.

قال: الطهارة، لا يدخلها شيء من الحكم بالصحّة ولا بالموجب استقلالا، لكن يدخلها الحكم بطريق التضمّن. كتعليق عتق أو طلاق على طهارة ماء أو نجاسته. فإذا ثبت عند الحاكم وقوع الطّلاق لوجود الصّفة نحكم بصحّة الطّلاق أو بموجب ما صدر من المعلّق ووجود صفته؛ كان ذلك متضمّنا للحكم بالنّجاسة أو بالطّهارة.

أقول: الحكم بصحّة الطّلاق، لا يتضمّن الحكم بالنّجاسة أو بالطّهارة؛ وإنّما يتضمّن اعتقاد الحاكم الطّهارة أو النّجاسة، كما تقدّم في الفصل السّابق. وممّا يدلّ عليه قول الجواهر: في القاضي يرفع إليه رضاع كبير، فيحكم بأنّ رضاع الكبير يُحرّمُ

[382] هو عمر بن رسلان بن نصر الكناني العسقلاني الشّافعي. ولد في بلقين بمصر سنة 724 ونشأ في القاهرة. وكان مجتهدا حافظا للحديث، من العلماء الرّاسخين في العلم. ولّي قضاء الشّام سنة 769 وتوفّي بالقاهرة سنة 805. له تآليف في الفقه وغيره.

ويفسخ النّكاح من أجله. فالقدر الذي يثبت من حكمه هو فسخ النّكاح فحسب. وكذا لو رفع إليه حال امرأة نكحت في عدّتها ففسخ نكاحها؛ وحرّمها على زوجها؛ لكان القدر الذي يثبت من حكمه فسخ النّكاح فحسب؛ وأمّا تحريمها عليه في المستقبل فمعرض للاجتهاد. ومن هذا الوجه أن يحكم بنجاسة ماء أو طعام أو شراب؛ فإنّه لا يثبت حكم في ذلك الجنس.اهـ. باختصار. فإذا كان التّصريح بالحكم بالتّحريم لا يعطيه الصّبغة الحكميّة.·فكيف ما وقع السّكوت عنه. وتقدّم عن القرافي: أنّ الحكم بمقتضى المدرك ليس حكما بالمدرك.

قال: الصّلاة يدخلها الحكم بالتضمّن. مثل من صلّى المكتوبة بوضوء خال عن النيّة، أو مع وجود مسّ الذكر؛ لاعتقاده صحّة الصّلاة مع ذلك. فإذا حكم حاكم بعدالة من فعل ذلك. والحاكم معتقد صحّة ذلك، كان حكمه متضمّنا صحّة وضوئه. وعلى هذا قياس الصّلاة الخالية عن قراءة الفاتحة، أو عن الطّمأنينة ونحو ذلك. قال الشّيخ سراج الدّين، رحمه الله؛ ولقد عجبت من قاض حضر عند سلطان، ووقع الكلام في صحّة إقامة الجمعة في جامع بناه ذلك السّلطان. فلمّا تكلّموا في الخلاف في ذلك، قال القاضي «نحكم بصحّة إقامة الجمعة فيه» وهذا الكلام باطل. ولا يتصوّر أن يدخل ذلك ولا نحوه، تحت الحكم استقلالا ولا تضمّنا على الإطلاق، ولكن يدخل بالنّسبة إلى واقعة خاصّة من تعليق الطّلاق أو غيره، على صحّة إقامة الجمعة في هذا المكان. فالحكم إذا توجّه إلى المعلّق بما التزمه. يتضمّن صحّة إقامة الجمعة في هذا المكان، بالنّسبة إلى إلزام الشّخص لا مطلقا.

أقول: فيما ذكره نظر من وجوه.

الأوّل؛ أنّ الحكم بالعدالة، إنّما يتضمّن اعتقاد صحّة صلاة المعدّل بالوضوء الخالي من النيّة، أو الواقع بعده مسّ الذّكر، لا الحكم بذلك.

الثّاني؛ إنّ التّعديل ليس من باب الحكم، وإنّما هو من قبيل الثّبوت. وقد ذكر ابن فرحون نقلا عن القرافي: أنّ إثبات الصّفات، كثبوت العدالة أو الجرح ليس حكما. ولذا يجوز لحاكم آخر أن يردّ من قبله الأوّل ويقبل من ردّه الأوّل، لثبوت السّبب القاضي بذلك.

الثّالث؛ أنّه إذا سلّم أنّه حكم بصحّة إقامة الجمعة في الجديد، يلزم أن يعمّ المحكوم عليه وغيره. لأنّ الحكم بالصحّة يعمّ.

الرّابع؛ أنّ الحكم بلزوم الطّلاق لا يستلزم الحكم بصحّة إقامة الجمعة في هذا المكان. وإنّما يستلزم اعتقاد صحّة إقامتها فيه. وقد ذكر الزّرقاني المسألة في باب الجمعة من شرح المختصر. فقال : "إنّ قوله «والجمعة للعتيق» مقيّد بثلاثة قيود؛ ثانيها أن يحكم حاكم بصحّتها في الجديد؛ تبعا لنذر بانيه عتق عبد بعينه إن صحّت صلاة الجمعة فيه. فإن وقع ذلك، وحكم مخالف بعتق العبد لصحّتها صحّت فيه. إذ حكمه الدّاخل في العبادات؛ تبعا لنحو عتق كما أفتى به النّاصر، لا ينقض."هـ. وكتب عليه المحقّق محشّيه البنّاني ما نصّه: "فيه نظر إذ حكم الحاكم؛ في المسألة المذكورة لم يقع إلاّ بالعتق؛ لاعتقاده صحّتها في الجديد، ولا يلزم من اعتقاده صحّتها فيه، حكمه بها، فتأمله."اهـ.

قال: وأمّا الزّكاة، فيدخلها الحكم وذلك مثل ما لو حكم حاكم، يرى جواز إخراج القيمة في الزّكاة، بصحّة الإخراج، وبموجب الإخراج عنده، وهو سقوط الفرض. بذلك كان الحكم بالصّحة والموجب في ذلك سواء. وليس للسّاعي إذا كان ذلك الحكم مخالفا لمذهبه، أن يطالب المالك بإخراج الواجب عنده سواء حكم بالصّحة أم حكم بالموجب.

أقول: الزّكاة: لا يمكن أن يدخلها الحكم بالصّحة أو الموجب، الذي هو سقوط الفرض استقلالا، لأنّ الصّحة في العبادات يراد بها سقوط الفرض وهو من مصالح

الآخرة لا من مصالح الدّنيا، والقضاء إنّما يكون فيما هو من مصالح الدّنيا. بخلاف الصحّة في المعاملات لأنّ المراد بها، ترتّب أثر العقد عليه وهو من مصالح الدّنيا، ولذا أمكن الحكم بالصحّة فيها. وأمّا دخول الحكم فيها ضمنا، فكأن يدفع المزكّي لأحد الفقراء، قيمة ما وجب عليه إخراجه، بناء على اعتقاد جواز إخراج القيمة في الزّكاة، ثم يبدو له أنّ ذلك غير صحيح، فيريد استرجاع ما أعطاه، ليخرج بدله عين ما وجبت فيه الزّكاة، فيمتنع الفقير من تسليمه، فيقع التّنازع في ذلك لدى القاضي الذي يرى صحّة إخراج القيمة، فيحكم باستحقاق المعطى لما تسلّمه. فإنّ ذلك يتضمّن الحكم بالصحّة، بناء على ما قرّره في الطّهارة والصّلاة. ويردّ عليه ما ذكرناه سابقا، من أنّ اللاّزم هو اعتقاد الصّحة، لا الحكم بها.

قال: وأمّا الصّوم فيدخله أيضا، وذلك إذا صام الولي الوارث عن الميّت، وطلب الوصيّ أن يخرج الطّعام، فامتنع الوارث منه، وترافعا إلى حاكم يرى صحّة الصّوم عن الميّت. فحكم بصحّته أو بموجبه. فليس للوصيّ أن يخرج الطعام حينئذ ولا أن يطالب الوارث بذلك، بخلاف ما قبل الحكم.

أقول : الحكم بالصّحة استقلالا لا يتأتّى لما قرّرناه في الزّكاة. وأمّا ضمنا كأن يحكم في الصّورة التي صوّرها، بعدم إلزام الوارث بإخراج الطعام، فيمكن بناء على ما قرّره، من أنّ ذلك يستلزم الحكم بالصحّة لا على ما قرّرناه، من أنّ ذلك يستلزم اعتقاد الصحّة لا الحكم بها.

قال: وأمّا الاعتكاف فيدخله استقلالا وتضمّنا. أمّا الاستقلال ففي مسائل منها: أنّه يقضى للمكاتب على سيّده بالاعتكاف اليسير. ومنها من اعتكفت بغير إذن زوجها فله منعها وكذلك العبد. وكذا لو اعتكف المديان هروبا من أداء الحقّ، فإنّ الحاكم يرى فيه رأيه، منها إذا وطئ المعتكف أدّبه الحاكم. وأمّا التّضمين فكما تقدّم في الطهارة والصّلاة.

أقول: جميع ما ذكره من الأمثلة، إنّما هو من وادي الحكم ضمنا. لأنّ النّزاع بين السيّد ومكاتبه والزّوج وزوجه والسّيد وعبده، والمديان وغريمه، إنّما هو في التّمكين من الاعتكاف وعدم التّمكين منه. فإذا قضى الحاكم بالتّمكين، تضمّن ذلك صحّة الاعتكاف وجوازه بناء على ما قرّره، وتضمّن اعتقاد صحّته وجوازه بناء على ما قرّرنا. وإذا قضى بعدم التّمكين، تضمّن فساده أو عدم جوازه على ما قرّره، وتضمّن اعتقاد الفساد أو عدم الجواز على ما قرّرنا. أمّا تأديب الحاكم للواطئ في الاعتكاف، فمن باب تغيير المنكر لا القضاء. وما ذكره في التضمّن يردّ عليه أنّ اللازم هو اعتقاد الصحّة أو الفساد لا الحكم بهما.

قال وأمّا الحجّ، فإنّه لو فسخ حنبليّ حجّه إلى عمرة. حيث يسوغ عنده، وله زوجة ليس معتقدها ذلك، فامتنعت من تمكينه بعد التحلّل، فارتفع إلى حاكم حنبليّ فحكم عليها بصحّة ما فعل زوجها الحنبليّ، أو حكم بموجب ذلك عنده فهما مستويان. ولو حكم عليها بالتّمكين، كان متضمّنا للحكم بصحّة ما فعله الزّوج؛ وهو نفس الموجب.

أقول: الحكم بصحّة ما فعله الزّوج فتوى. لأنّ الصحّة في العبادة أثرها أخرويّ كما تقدّم. والحكم بالتّمكين يتضمّن اعتقاد صحّة فسخ الحجّ في العمرة لا الحكم بها.

قال: وأمّا الأضحية فهي عبادة لا يدخلها الحكم استقلالا، وقد يدخلها بطريق التضمّن في التّعليق كما تقدّم.

أقول: ما ذكره من دخول الحكم فيها بطريق التضمّن في التعليق؛ يردّ عليه ما ورد على نظائره.

قال: وأمّا الصّيد، فيدخله الحكم استقلالا فإذا تنازع إثنان في صيد، وترافعا إلى الحاكم، وتصادقا على فعلين، صدرا منهما على الترتيب مثلا أو قامت البيّنة

على ذلك. وكان مقتضى مذهب الحاكم أنّه للأوّل أو للثّاني، فحكم له بأنّه المالك، كان ذلك حكما مستقلاّ صحيحًا. وإنّما دخل الحكم في ذلك، لأنّه يفضي إلى الملك. وجميع وجوه الملك يدخلها الحكم.

أقول: ما ذكره هنا ظاهر صحيح.

قال: وأمّا الذبائح، فيدخلها الحكم من جهة التّقصير المقتضي للتّغريم. وكذلك دفع الأجرة. لو قامت البيّنة أنّه ذبح صحيح، فإنّه يحكم له باستحقاق الأجرة. وكذا لو باع صاحب الذّبيحة لشخص ثم ارتفعا إلى حاكم، وادّعى المشتري أنّها حرام لأمر ادّعاه أو ظهر للحاكم ذلك، بإقرار أو بيّنة، فحكم على البائع بردّ الثمن، كان ذلك حكمًا بتحريم الذّبيحة. وكذا إذا أثبت التّقصير في الذّبح وحكم بالغرم، كان ذلك متضمّنا للحكم بحرمة الذّبيحة.

أقول: الحكم بالتّغريم أو ردّ الثمن ليس حكما بالتّحريم، إذ التّحليل والتّحريم لا يدخلهما الحكم، لأن المحلّل والمحرّم هو الله تعالى، كما تقدّم في الفصل السّابق. فالحكم بالتّغريم وردّ الثمن يستلزم اعتقاد التّحريم، ولمن لا يعتقد حرمة الذّبيحة المحكوم بتغريمها أو ردّ ثمنها تناولها. كما أنّ الحكم بدفع الأجرة لا يتضمّن الحكم بحليّة الذّبيحة. وإنّما يتضمّن اعتقاد الحاكم حليّتها وذلك لا يحلّها لمن يرى حرمتها.

قال: وأمّا الأطعمة فيدخلها الحكم استقلالا، مثاله إذا نزلت برجل مخمصة، فوجد مع رجل طعاما، فامتنع من إطعامه ومن مواساته، فإنّ له أن يقاتله فإن مات الجائع وجب القصاص، وإن أخذه الجائع قهرًا فعليه قيمته.

أقول : يلزم زيادة تحرير في هذا الفرع، هل المراد حلّية الأطعمة أو حرمتها من حيث الأكل فلا يدخلها الحكم استقلالا ولا تضمّنا. بناء على أنّ الحكم المترتّب على الحليّة أو الحرمة، لا يتضمّن الحكم بهما. وإنّما يتضمّن اعتقادها أو المراد استحقاق الانتفاع بها أو تسلّمها، فيدخلها الحكم كسائر المتموّلات.

قال: وأمّا الأيمان فيدخلها الحكم استقلالا، كمن حلف بطلاق امرأته ليجلّدنّها مائة سوط، فإنّ الحاكم يمنعه من ذلك ويطلّقها عليه وغير ذلك كثير. وأمّا الجهاد فيدخله استقلالا في أكثر مسائله. وهو واضح لا يحتاج إلى تمثيل. وأمّا النّكاح وتوابعه، فدخول الحكم بالصحّة والموجب فيها واضح. وكذلك سائر المعاملات، من البيع والقرض والرّهن والإجارة والمساقاة، والقسمة والشّفعة والعارية والوديعة والحبس، والوكالة والحوالة والحمالة والضّمان، وغير ذلك من أبواب المعاملات، يدخلها الحكم بالصحّة، والحكم بالموجب. فلا نطوّل بالتّمثيل.

أقول: ما ذكره هنا ظاهر صحيح.

وهذا آخر ما أورده الشيخ ابن فرحون. ويحسن بنا في هذا المقام أن نختم هذا المبحث بمبحث البيّنات إذا أعملها الحاكم وقبلها، هل يكون ذلك حكمًا بصحّتها. فأقول: ليس الحكم بمقتضى البيّنة حكمًا بصحّتها، لأنّ الحكم بمقتضاها، إنّما يتوقّف على اعتقاد صحّتها لا الحكم بالصحّة. فإذا شهدت بيّنة بأمرين فأكثر، ككون العقّار في حوز زيد وملكا له، فجرى النّزاع أوّلا في الحوز، وحكم القاضي بكون الحوز للمشهود له، استنادا لهذه البيّنة، ثم جرى النّزاع بعدُ في التملّك بين المتنازعين أوّلا، أو بين المشهود له وآخر، فإنّ القاضي يلزمه أن يعذر إلى الخصم في هذه البيّنة، فإن سلمت من المطاعن قضى مستندًا إليها، وإن سقطت ألغاها. ولا حرج في ذلك، لأنّ القضاء الأوّل إنّما هو بثبوت الحوز استناد إلى البيّنة واعتقادا لصحّتها، وذلك لا يستلزم الحكم بصحّتها. وأيضًا لو كان القضاء بشيء استنادًا إلى بيّنة،حكما بصحّة البيّنة لا يجوز نقضه، لأمكن أن يتواطأ شخصان فينشبان خصومة بينهما. ويقيم أحدهما بيّنة تشهد بأشياء متعدّدة، ويتظاهر المشهود عليه بالعجز عن الطعن فيها، فإذا وقع القضاء استنادًا لها، أنشب خصومة مع آخرين فيما شهدت به تلك البيّنة، وحينئذ تنقطع

الأسباب بالمطلوبين؛ وتعجزهم الحيلة في التفصّي منها للحكم بصحّتها. وهذا بديهي البطلان. إذ الضّرر مرفوع والحرج منفيّ في هذه الشريعة المباركة. فما يعتقده بعض الضّعفاء من أنّ البيّنة المحكوم بمقتضاها، لا يمكن إلغاؤها وهم. وما ذكره القاضي ابن سلامة في حاشية التّاودي؛ في قول ابن عرفة في تعريف القضاء «ولو بتعديل أو تجريح» لا يخلو من إشكال. ذلك أنّه ذكر: أنّ التّعديل والتّجريح من متعلّق الحكم لأنّ تعديل البيّنة طريق للحكم؛ وطريق الشّيء غيره؛ لكن لمّا كان تناول الحكم لهما؛ من حيث الحكم في الطريق، وذلك مظنّة لتوهّم أنّهما خارجان نصّ عليهما. ثم قال: تنبيه؛ لا يشكل على تناول الحكم لهما، ما في التّبصرة عن القرافي: أشياء لا تدخل تحت الحكم، مثل التّعديل والتّجريح والتّسفيه والتّرشيد وإثبات الحجج، فإنّ معناه أصل إقامة الحجّة عنده وتزكيتها؛ وهذا غير الحكم بالتّعديل؛ لأنّه يكون بعد التّنازع في صحّة البيّنة، ولا يمكن الحكم في نفس العدالة والجرحة.اهـ. والبحث في كلامه من وجهين. الأوّل ما اقتضاه كلامه من أنّ طريق الحكم يلزمه أن يدخله الحكم لا يصحّ، لما نقلناه سابقا عن القرافي في الفصل الأوّل، من أنّ الحكم بمقتضى المدرك ليس حكما بالمدرك، وما نقلناه في هذا الفصل، عن الشيخ بنّاني من أنّ الحكم بعتق العبد، المعلّق عتقه على صحّة الجمعة في الجديد، يستلزم الاعتقاد بصحّتها في الجديد لا الحكم بصحّتها فيه.اهـ. وما نقلناه عن الجواهر، في الحكم بفسخ نكاح المعتدّة، وفسخ النّكاح بالرّضاع في الكبر، من أنّ القدر الثّابت من الحكم هو الفسخ؛ والتّحريم في المستقبل مُعرّض للاجتهاد. ومثلهما كلّ حكم طريقه التّحريم والتّحليل.

الثّاني تفسيره كلام القرافي؛ في معنى كون التّعديل والتّجريح لا يدخلهما الحكم بأنّه لا يمكن الحكم في نفس العدالة؛ وجزمه بمغايرة هذا المعنى للحكم بالتّعديل: لأنّ الحكم بالتّعديل؛ يكون بعد التّنازع في صحّة البيّنة —فيه غموض شديد. إذ لا معنى

للحكم بالتّعديل إلاّ ثبوت عدالتها عنده وذلك من باب إثبات الصّفات. ولعلّه يريد أنّه إذا جرى النّزاع في صحّة البيّنة؛ وكانت عند الحاكم صحيحة يحكم بصحّتها؛ وأنّ معنى الحكم بتعديل البيّنة الحكم بصحّتها؛ وبهذا تقع المغايرة بين كلام القرافي وما جزم به. لكن يردُ عليه حينئذ أمران: أحدهما أنّ الحكم بالصحّة أخصّ من الحكم بالتّعديل؛ إذ قد يعدّل الشاهد ولا يقبل، لقرابة أو عداوة أو غيرهما من الموانع. ثانيهما أنّ جريان النّزاع في صحّة البيّنة وفسادها، لا يقتضي الحكم بالصّحة أو الفساد؛ وإنّما يوجب إعمالها أو إهمالها، لأنّ خوض الخصوم في البيّنات غير مقصود لذات البيّنات؛ وإنّما المقصود ما يترتّب على ما تضمّنته؛ من إثبات حقّ أو نفيه، وذلك مورد التّشاجر والخصام، والمراد من إبرام الأحكام، فإذا خاض الخصوم في البيّنات صحّة وفسادًا، واستقصى القاضي ما أدلوا به، يحكم بإمضاء العقد أو فسخه، وباستحقاق القائم لما ادّعاه أو عدم استحقاقه إيّاه؛ استنادًا لنهوض البيّنة أو عدم نهوضها. هذا هو الطريق اللاّحب، والمنهج الواضح، وغيره تنكبّ عن جادّة الطريق. وبالله العصمة والتّوفيق.

الفصل الثّامن: في معنى الحكم بالصحّة والحكم بالموجب والفرق بينهما وما يعتمده كلّ منهما والحكم المختلف فيه والحكم بالمختلف فيه

الحكم بالصحّة، عبارة عن قضاء القاضي بصدور ذلك العقد من أهله في محلّه، على الوجه المعتبر عنده شرعا. ومعنى صحّة العقد، كونه بحيث تترتّب آثاره عليه. ومعنى حكم القاضي بذلك، إلزامه لكلّ أحد. فإذا كان في محلّ مختلف فيه نفذ، وصار في حكم الظّاهر كالمجمع عليه، فلا سبيل إلى نقضه باجتهاد مثله، إذا كان في محلّ مختلف فيه، اختلافا قريبا لا ينقض فيه قضاء القاضي، ولم يتبيّن بناؤه على سبب باطل. وقد يعرض الفساد في الحكم بالصحّة؛ من جهة تبيّن عدم الملك أو شرط آخر. فإذا تبيّن بطلان الحكم بفوات محلّه نقضه ذلك القاضي نفسه أو غيره؛ لأنّ الخلل الذي ظهر تبيّن أنّه محلّ الحكم لا في الحكم. والحكم بالصحّة يستدعي ثلاثة أشياء: أهليّة التصرّف، وصحّة الصّيغة؛ فيما يشترط فيه صيغة خاصّة؛ وكون التصرّف في محلّه.

وأمّا الحكم بالموجب؛ فإنّه لم يوجد في كتب المالكيّة، وإنّما تعرّض له الشّافعيّة أوّلا ثم الحنفيّة. وأوّل من نقله من المالكيّة ابن فرحون في تبصرته. فقد نقل في فصل في الفرق بين ألفاظ الحكم المتداولة في السجّلات صفحة 82 من الجزء الأوّل، عن البلقيني والشّيخ تقي الدين السّبكي، أنّ الحكم بالموجب، عبارة عن قضاء القاضي، بالإلزام بما يترتّب على ذلك الأمر، على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا. قال: وهو إنّما يستدعي شيئين: أهليّة التصرّف وصحّة الصّيغة. فيحكم بموجبها وهو مقتضاها. والفرق بينهما أنّ العقد الصادر؛ إذا كان صحيحا باتّفاق ووقع الخلاف في موجبه؛

فالحكم بالصحّة فيه، لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الذي حكم بالصحّة. ولو حكم فيه الأوّل بالموجب امتنع العمل بموجبه. مثال ذلك: التّدبير صحيح باتّفاق، وموجبه إذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفيّة منع البيع، فلو حكم حنفيّ بصحّة التّدبير المذكور، لم يكن ذلك مانعا من بيعه، عند من يرى صحّة بيع المدبر، ولو حكم الحنفيّ بموجب التّدبير امتنع البيع، إلاّ عند من يرى نقض الحكم المذكور لمخالفته السنّة الصّحيحة، وهذا النّقض حينئذ لمدرك آخر.اهـ.

وأمّا الحنفيّة، فقد شرطوا لاعتبار الحكم بالموجب، أن يكون وقع التّرافع والتّنازع فيه عند الحاكم، وأن يكون لا ينفكّ عن ذلك العقد. قال المحقّق ابن عابدين[383]، من أعلام متأخّري الحنفيّة، في حاشية الدّر المختار، صفحة 506 من الجزء الرّابع: القضاء القصديّ القوليّ، دون الضّمني والفعليّ، يشترط فيه تقدّم الدّعوى، إلاّ ما تسمع فيه الدّعوى حسبة ومنه الوقف على الفقراء وإثبات الوقفيّة. أمّا كونه موقوفا على فلان أو فلان، وأنّ الواقف شرط كذا وكذا فهذا حقّ عبد فلابدّ فيه من دعواه لإثبات حقّه. وكذا في إثبات شروطه. قال في البحر: الحكم المرفوع لابدّ أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة؛ كما صرّح به العمادي والبزّازي، وقالا: حتى لو فات هذا الشّرط، لا ينفذ القضاء، لأنّه فتوى. اهـ. فلو رفع إلى حنفيّ قضاء مالكيّ بلا دعوى، لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه. ولابدّ في إمضاء الثّاني لحكم الأوّل من الدّعوى أيضا كما سمعت.اهـ. أي لابدّ في حكم الثّاني إذا رفع إليه حكم الأوّل، من أن يكون أيضا بعد دعوى صحيحة كما نقله قبله عن البزازيّة. وهذه الدّعوى والخصومة تسمّى الحادثة لحدوثها عند القاضي ليحكم بها، بخلاف ما كان من لوازم

[383] هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدّمشقي. فقيه الدّيار الشاميّة وإمام الحنفيّة في عصره، له الحاشية البديعة على الدّر المختار المسمّاة بردّ المحتار عليها المعوّل. والعقود الدّريّة في تنقيح الفتاوى الحامديّة. مولده بدمشق سنة 1198 وتوفي فيها سنة 1252.

تلك الحادثة، فإنّه لم يحدث بدون الخصومة فيه، فلذا لم يصحّ حكمه به قبلها كما يأتي بيانه في الموجب قريبًا.اهـ. باختصار. وقال ابن عابدين في الحكم بالموجب: إذا وقع تنازع في موجب خاص من مواجب ذلك الشيء الثّابت عند القاضي، ووقعت الدّعوى بشروطها، كان حكمًا بذلك الموجب فقط دون غيره، فلو أقرّ بوقف عقّار عند القاضي وشرط فيه شروطًا، وسلّمه إلى المتولّي ثم تنازعا عند القاضي الحنفيّ في صحّته ولزومه، فحكم بهما وبموجبه لا يكون حكمًا بالشّروط، فللشّافعي أن يحكم فيها بمقتضى مذهبه ولا يمنعه حكم الحنفيّ السّابق. وذكر في البحر: أنّ القاضي إذا قضى بشيء في حادثة، بعد دعوى صحيحة، لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه، فإذا قضى شافعيّ بصحّة بيع عقّار وموجبه، لا يكون حكما منه، بأنّه لا شفعة للجار لعدم حادثتها، وكذا إذا قضى حنفيّ لا يكون حكمًا بأنّ الشّفعة للجار، وإن كانت الشّفعة من مواجبه، لأنّ حادثتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضي بها. وكذا إذا قضى مالكي بصحّة التّعليق في اليمين المضافة، لا يكون حكمًا بأنّه لا يصحّ نكاح الفضوليّ المجاز بالفعل لعدمه وقته.اهـ. وقال العلاّمة قاسم: أمّا كون الحكم حادثة، فاحتراز عمّا لم يحدث بعد، كما لو حكم بموجب إجارة، لا يكون حكمًا بالفسخ بموت أحد المؤاجرين، لأنّه لم توجد فيه خصومة.اهـ. قال الشيخ ابن عابدين: وقد ظهر من هذا، أنّ المراد بالموجب هنا الذي لا يصحّ به الحكم، هو ما ليس من مقتضيات العقد فالبيع الصحيح، مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع؛ ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التّسليم والتّسلم، في كلّ من الثّمن والمثمن ونحو ذلك؛ فإنّ هذه وإن كانت من موجباته، لكنّها مقتضيات لازمة له. فيكون الحكم به حكمًا بها، بخلاف ثبوت الشّفعة فيها للخليط أو للجار مثلا، فإنّ العقد لا يقتضي ذلك أي لا يستلزمه، فكم من بيع لا تطلب فيه الشّفعة فهذا يسمّى موجب البيع، ولا يسمّى مقتضى. وهذا معنى قول بعض المحقّقين من الشّافعية: إنّ الموجب عبارة عن الأثر المترتّب

على ذلك الشّيء، وهو والمقتضى مختلفان، خلافًا لمن زعم اتّحادهما، إذ المقتضى لا ينفكّ، والموجب قد ينفكّ، فالأوّل كانتقال للمشتري بعد لزوم البيع. والثاني كالردّ بالعيب، والموجب أعمّ. لأنّه الأثر اللازم سواء كان ينفكّ أو لا؛ فالموجب أعمّ ولا يصحّ الحكم بالموجب؛ ما لم يكن حادثة بأن وقع فيه التّرافع والتّنازع عند الحاكم؛ فإذا وقع التّنازع في صحّة البيع ولزومه؛ فحكم بموجب ذلك البيع، كان حكمًا بصحّته، وبباقي مقتضياته الشرعيّة التي لا تنفكّ عنه، كملك المشتري المبيع ولزومه دفع الثّمن ونحو ذلك، بخلاف موجبه المنفكّ عنه، كاستحقاق الجار الأخذ بالشّفعة، لعدم الحادثة. قال في البحر: وممّا فرّعته على أنّ قضاء المخالف إذا رفع إلينا، فإنّا نمضيه فيما وقع حكمه به لا في غيره ما لو قضى شافعي ببيّنة ذي اليد على خارج نازعه ثم تنازع ذو اليد وخارج آخر عند حنفيّ؛ فإنّه يسمع الدّعوى ولا يمنعه قضاء الشّافعي من سماعها، بناء على أنّ القضاء بالملك لا يكون قضاء على الكافة بل يقتصر على المقضي عليه وهو الخارج الأوّل. وإن كان مذهب الحاكم تعدّيه، فلا نتعرّض لحكمه على الخارج الأوّل؛ وأمّا الثاني فلم يقع حكمه عليه على مقتضى مذهبنا. وممّا فرّعته: لو حجّر شافعي على سفيه بعد دعوى صحيحة، ثم رفعت إلينا حادثة من تصرّفاته فإنّا نحكم بمذهب أبي يوسف[384] ومحمد[385] في الحجر على السّفيه؛ فإنّهما وإن وافقا الشافعي في أصل الحجر لم يوافقاه في أنّه يؤثر في كل شيء؛ وإنّما يؤثّر عندهما فيما

[384] هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن خنيس ابن سعد بن حبتة الأنصاريّ. وسعد بن حبتة أحد الصّحابة رضوان الله عليهم، روى عنه محمد بن الحسن الشّيباني وبشر بن الوليد الكندي وعلي بن الجعد وأحمد بن حنبل ويحيي بن معين. ولم يكن في أصحاب أبي حنيفة مثله. وهو أوّل من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة. وأملى المسائل ونشرها وبثّ علم أبي حنيفة في أقطار الأرض. وجعل لباس العلماء متميّزًا عن لباس النّاس. كان النّهاية في العلم والحكم والرئاسة والقدر. نال الحظوة عند الرّشيد العبّاسي. واستقضي ببغداد؛ وتوفّي عليه. ولد سنة 113 وتوفّي سنة 182.

[385] هو محمد بن الحسن بن فرقد الشّيباني. حضر مجلس الإمام أبي حنيفة سنين. ثم تفقّه على أبي يوسف. وصنّف الكتب الكثيرة النّادرة؛ منها الجامع الكبير والجامع الصغير. ونشر علم أبي حنيفة. وكان من أفصح النّاس. جرى بينه وبين الإمام الشّافعي مجالس ومسائل بحضرة الرّشيد. وكان الإمام الشّافعي يثني عليه. مولده سنة 135 – أو سنة 131 أو سنة 132 وتوفّي سنة 189.

يؤثر فيه الهزل؛ فإذا تزوّجت السّفيهة التي حجر عليها شافعي ولم يرفع نكاحها إليه ولم يبطله، بل رفع إلى حنفيّ، فله أن يحكم بصحّته لو الزّوج كفؤا، على قولهما المفتى به، ولا يمنعه مذهب الحاجر لعدم وجود حادثة التزوّج وقت الحجر، ولم تكن لازمة للحجر حتى تدخل ضمنا، قبول الانفكاك لجواز أن لا تتزوّج المحجورة أصلا. وقد توقّف فيها بعض من لا اطّلاع له على كلامهم. اهـ. قال الشيخ ابن عابدين: ويعلم منه ما يقع الآن من وقوع التّنازع في صحّة الإجارة الطويلة عند قاض شافعيّ، فيحكم بصحّتها وبعدم انفساخها بموت ولا غيره، فإنّ عدم الانفساخ بالموت لم يصر حادثة وقت الحكم، لأنّ الموت لم يوجد وقته، فللحنفيّ أن يحكم بفسخ الموت، كما أفتى به في الخيريّة. وذكر ابن الغرس[386]: من هذا القبيل، ما لو وهب ابنه، وسلّمه العين الموهوبة وقضى شافعيّ بالموجب. ثم بعد مدّة رجع الواهب في هبته وترافعا عند القاضي الحنفيّ، فحكم ببطلان الرّجوع، قال: وقد حصل التّنازع في هذه المسألة بين أهل المذهبين؛ فقال القاضي الشّافعي: حكم الحنفيّ باطل، لأنّي حكمت قبله بموجب الهبة ومن موجبها عندي، أنّ الأب يملك الرّجوع والحكم في الخلافيّة يجعلها وفاقيّة، وقال القاضي الحنفي: الرّجوع حادثة مستقلّة، وجدت بعد الحكم بمدّة طويلة فكيف تدخل تحت حكمه. وأجيب فيها بأنّ الموجب هنا أمور هي: خروج العين من ملك الواهب ودخولها في ملك الموهوب له، وملك الواهب الرّجوع إذا كان أبًا عند الشّافعي، وعدمه عند الحنفيّ، فإن كان التّداعي عند القاضي ليس إلاّ في انتقال العين من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له، اقتصر القضاء بالموجب على ذلك،

[386] هو الشّيخ محمد بن غرس الحنفي. المتوفى سنة 932 – نظم بيتَيْن لمّا ابتلي بالقضاء. في أطراف القضيّة الحكميّة. وهما:

أطراف كلّ قضية حكميّة ❁ ست يلوح بعدها التّحقيق

حكم ومحكوم به وله ومحـ ❁ ـكوم عليه وحاكم وطريق

وشرح هذين البيتين شرحا سمّاه بالفواكه البدريّة.

فإذا كان القاضي الأوّل شافعيّا، لا يصير كون الأب يملك الرّجوع، محكوما به، وإذا كان حنفيّا لا يصير عدم ملكه ذلك محكوما به. فللقاضي الثّاني أن يحكم بمذهبه أي لأنّ الأمر الأوّل لا يستلزم الأمر الثّاني في الثّبوت. قال: فتبيّن أنّ القضاء في حقوق العباد، يشترط له الدّعوى الموصلة له شرعا، على وجه يحصل به المطابقة؛ إلاّ ما كان على سبيل الاستلزام الشّرعي، وليس للقاضي أن يتبرّع بالقضاء بين إثنين، فيما لم يتخاصما إليه فيه. اهـ. وهو تحقيق تقتضيه الأصول المالكيّة. كما يستفاد ذلك ممّا نقلناه في الفصل السّادس من النّصوص فينبغي اعتماده. وقد استفيد من هذه الأنقال وممّا ذكرناه في الفصل المذكور أنّ الاعتبار بكون الصّادر من القاضي حكمًا أو ليس بحكم، إنّما هو في نظر القاضي الثّاني المترافع لديه. ويترتّب على ذلك أنّه إذا كان الصّادر من الأوّل ليس حكمًا في نظر الثّاني؛ أنّ لهذا الثّاني أن ينظر فيما نظر فيه الأوّل، ويصدر حكمه فيه بخلاف ما يراه الأوّل، لأنّه والحالة ما ذكر يصير الصّادر من الأوّل من المحكم المختلف فيه، وهو لا يرفع الخلاف، لا من الحكم بالمختلف فيه، وهذا هو الذي يرفع الخلاف. قال البرهان ابن فرحون، في تبصرته صفحة 85 من الجزء الأوّل، في فصل «في بيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحّة والحكم بالموجب»، ما نصّه: «لا ينقض الحكم بواحد منهما. إذا صدرا في محالّ الاجتهاد التي لا ينقض الحكم فيها، وإنّما استويا في ذلك لتضمّن الحكم بالموجب الحكم بالصحّة، أمّا عامًا عند استيفاء الشّروط، أو خاصًا بالنّسبة إلى المحكوم عليه بذلك فكما لا يرد النّقض على الحكم بالصحّة، لا يرد على ما يتضمّنها إذا أجزناه، فأمّا إذا قلنا لا يجوز الحكم بالموجب، مع عدم استيفاء الشّروط، فيكون الحكم قد وقع مختلاّ. والحكم المختلف فيه، غير الحكم بأمر مختلف فيه، فيسوغ لمن لا يرى الحكم بذلك أن ينقضه، إلاّ إذا حكم حاكم قبله بصحّة الحكم الصّادر بالموجب، وكان الحاكم ممّن يرى تسويغ الحكم

بالموجب على الوجه المذكور فإنّه حينئذ لا ينقض.اهـ. قال الشيخ إسماعيل التّميمي، في بعض أجوبته: ويشهد له مذهب ابن الماجشون في تقرير الحاكم الواقعة وحكمه بها؛ أنّ ذلك لا يمنع المخالف من الحكم فيها. وقد تقدّم كلامه آخر الفصل، فأرجع إليه.

وما ذكرناه من أنّ الحكم المختلف فيه، ليس بحكم رافع للخلاف، وللمخالف أن يحكم في الواقعة المرفوعة إليه بما يراه، هو مذهب الحنفيّة أيضا. فقد ذكر ابن غرس الحنفيّ، في أوائل الفصل السّابع من الفوائد الفقهيّة، ما نصّه: قالوا: القضاء المختلف فيه يحتاج في نفوذه على المخالف إلى إمضاء قاض آخر، إلى أن قال: ومثاله قول القاضي «ثبت عندي كذا» إذا أراد به الحكم، لا ينفّذ على المخالف؛ حتى ينفّذه قاض آخر يرى أنّه حكم؛ أو يحكم بصحّة طريقه.اهـ.

ولكون الحكم المختلف فيه لا يرفع الخلاف؛ يحسن في بلد تتعدّد فيه القضاة وتختلف مذاهبهم كتونس، ففيها قاض مالكيّ وقاض حنفيّ، أن يلمّ القاضي بكثير من الجزئيّات التي اختلفت المذاهب في كونها أحكاما، لئلاّ يلتبس عليه ما له أن يتناوله، ويصدر فيه حكما بعد قضاء غيره ممّا ليس له تعاطيه، لأجل القضاء المتقدّم. وحيث ذكرنا فيما سلف الحكم بالصحّة والحكم بالموجب، فقد رأينا أن نذكر الحكم الضّمني والحكم الفعليّ عند الحنفيّة، ليتضّح للقاضي المالكي الطّريق السّابلة. فأمّا الحكم الضّمني عند الحنفيّة، فهو عبارة عمّا دخل القضاء فيه ضمنا لا قصدا؛ وهو قسيم للقوليّ، لأنّ القاضي لا يصرّح فيه بشيء ولا يشترط فيه تقدّم الدّعوى والخصومة. قال ابن نجيم[387] في الأشباه: القضاء الضّمني لا تشترط له الدّعوى والخصومة، فإذا شهدا على خصم بحقّ وذكرا اسمه واسم أبيه وجدّه، وقضي بذلك الحقّ، كان

[387] هو زين الدين بن ابراهيم بن نُجَيْم. المصريّ الحنفيّ. صاحب الأشباه والنّظائر والرّسائل الزّينية في فقه الحنفيّة والفتاوى الزّينيّة، توفي بمصر سنة 970.

قضاء بنسبه ضمنا، وإن لم يكن في حادثة النّسب وعلى هذا لو شهدا، بأنّ فلانة زوجة فلان، وكّلت زوجها فلانًا في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها، كان قضاء بالزّوجية بينهما وهي حادثة الفتوى. ونظيره ما في الخلاصة: من طريق الحكم بثبوت الرمضانيّة، أن يعلّق رجل وكالة فلان بدخول رمضان، ويدّعي بحقّ على آخر ويتنازعا في دخوله، فتقام البيّنة على رؤياه، فيثبت رمضان ضمن ثبوت التّوكيل. اهـ. انظر حاشية ابن عابدين صفحة 535

ومن الجليّ؛ أنّ هذا الحكم الضّمني؛ ليس حكمًا عند المالكيّة، وكيف يكون حكمًا والنّسب والزوجيّة عندنا، في الفرعين اللذين تقدّما غير مشهود بهما، كما تقدّم في الباب الثّاني. وحينئذ فالحكم الضّمني من قبيل الحكم المختلف فيه، فللقاضي المالكيّ أن يحكم بعدم النّسب في الفرع الأوّل، وبعدم ثبوت الزّوجية في الفرع الثّاني إذا تروفع إليه فيهما. أمّا الفرع الثّالث فقد تقدّم في الفصل السّابع عن البنّاني أنّه ليس بحكم بالمعلّق عليه.

وأمّا الحكم الفعليّ عند الحنفيّة، فهو عبارة عن فعل القاضي، كتزويجه صغيرة لا وليّ لها وشرائه وبيعه مال اليتيم وقسمته العقّار ونحو ذلك. وهو كالحكم الضّمني في استغنائه عن الدّعوى. وبنوا على كون فعله حكما، أنّه لو زوّج القاضي اليتيمة من نفسه أو ابنه لم يجز، لأنّه من باب القضاء لنفسه أو ولده وهو باطل. واستثنوا من كون فعله حكما مسألتين. الأولى، أن يأذن وليّ المرأة القاضي بتزويجها، فالتّزويج هنا ليس حكما، لأنّه فعله بطريق الوكالة. الثّانية أن يعطي فقيرا من وقف الفقراء فإنّه لا يكون حكما وله إعطاء غيره.

هذا حاصل ما في الدرّ وحاشيته لابن عابدين. وقد تقدّم في الفصل الخامس، أنّ ذلك لا يكون حكما عند المالكيّة، إلاّ إذا اقتضت هذه التصرّفات فسخ عقود سابقة علمها القاضي. وحينئذ فالحكم الفعليّ من وادي الحكم المختلف فيه، لا يكون رافعا للخلاف، ولا مانعا قاضيا آخر من تغيير ما فعله القاضي الأوّل، إذا ظهر موجب ذلك، كما تبيّن أنّ التّقديم على الوقف وإن كان من قبيل الحكم الفعليّ عند الحنفيّة، فليس حكما عند المالكيّ، لأنّ التّقديم من التصرّفات التي ليست بحكم، كما نقلناه عن القرافي في الفصل الخامس. وحينئذ فهو حكم مختلف فيه، لا يصدّ القاضي المالكيّ عن تغييره وإبطاله. والتوقّف في ذلك من ضيق الطّعن.

الفصل التّاسع:
في الأحكام التي يجوز تعقّبها
والتي لا يجوز تعقّبها
وفي التّحجير المقبول وغير المقبول
وفي التّخصيص في القضاء والاشتراط فيه

جواز تعقّب أحكام القضاة منوط بأحوالهم، لأنّ القاضي إمّا أن يكون عدلا عالما أي مجتهدا ولو في المذهب، وإمّا أن يكون جائرا، وإمّا أن يكون مسخوطا في أحواله، لم يعرف بالجور في أحكامه، وإمّا أن يكون عدلا جاهلا (أي مقلّدا).

فأما القاضي العدل العالم، فلا ينظر في أحكامه على وجه الكشف والتعقّب، وينقض من أحكامه ما خالف فيه قاطعا، من نصّ كتاب أو سنّة أو إجماع أو قياس جليّ، واختلف في الخلاف الشّاذ؛ فقيل ينقض القضاء فيه وقيل لا ينقض. قال ابن رشد، في سماع عيسى: لا خلاف في نقض حكم من قبله. إن كان خطأ لم يختلف فيه وإن اختلف فيه لم يردّه. وقيل يردّه إن كان شاذّا، وعن ابن الماجشون يُردّ وإن كان الخلاف قويّا مشهورا إن كان خلاف سنّة قائمة.

وذكر خليل في مختصره، فروعا ينقض فيها قضاء العدل العالم، غالبها مبنيّ على أنّ الخلاف الشّاذ ينقض به الحكم. وهي: حكم القاضي باستسعاء العبد، وشفعة الجار والحكم على عدوّه أو بشهادة كافر أو ميراث ذي رحم أو مولى أسفل؛ أو بعلم سبق مجلسه أو جعل البتّة واحدة؛ أو أنّه قصد كذا فأخطأ ببيّنة؛ أو ظهر أنّه قضى بعبدين أو كافرين أو صبيّين أو فاسقين؛ أو بشهادة رجلين أحدهما من هذه الأنواع؛ فيما لا يثبت إلاّ بشاهدين. ولمّا كان أكثر هذه الفروع مبحوثا فيها رأينا تتبّعها.

فأمّا الحكم باستسعاء العبد المعتق بعضه، فيما بقي عليه إذا كان المعتق عديما، فهو مذهب بعض العلماء، والمذهب المالكيّ على استرقاق الباقي، ونقل الشّيخ في النّوادر عن ابن الماجشون : أنّ الحكم بالاستسعاء، من الخطأ الذي ينقض فيه الحكم. ونقل المازريّ عن ابن عبد الحكم أنّه لا يرى النّقض في ذلك، وضعّف المازري نقض الحكم بالاستسعاء، لثبوت الاستسعاء في الحديث الصحيح.

وأمّا الحكم بالشّفعة للجار، ففي نقضه قولا ابن الماشجون وابن عبد الحكم. وضعّف المازريّ نقضه.

وأمّا الحكم على العدوّ، فحكى في التّوضيح أنّه لا خلاف في منعه، قال: واتّفاقهم على ذلك، واختلافهم في الحكم للقريب، دليل على أنّ مانع العداوة أقوى من مانع القرابة. وقال ابن مرزوق: مسألة الحكم على العدوّ، لا أحفظ فيها خلافًا لعالم، فإن صحّ الإجماع عليها، فالنّقض فيها لمخالفة القاطع لا لشذوذ الخلاف.

وأمّا الحكم بشهادة أهل الذمّة في الوصيّة في السّفر فمنصوصة، ونقلها ابن يونس والمازريّ وغيرهما، ومذهب ابن الماجشون نقض القضاء بذلك، ومذهب ابن عبد الحكم عدم النّقض. واختار ابن حبيب ما لابن الماجشون. واختار المازريّ وابن محرز مذهب ابن عبد الحكم. انظر شرح ابن مرزوق على المختصر.

وأمّا الحكم بتوريث ذوي الأرحام، فحكى في النّوادر عن ابن الماجشون نقضه، مع أنّ الخلاف في المسألة مشهور بين الصّحابة والتّابعين والأيمّة، إذا لم يكن ثمّ وارث ممّن أجمع عليه من ذوي السّهام والعصبة. ونقل المازري عن ابن عبد الحكم عدم النقض. ويعلم ضعف النّقض من قول ابن عبد البرّ: قول ابن الماجشون لم يقله غيره.

وأمّا الحكم بتوريث المولى الأسفل، فهو قول ضعيف ذهب إليه بعضهم، وجعله وارثا للأعلى إذا لم يكن له وارث، وجمهور العلماء على خلافه، لحديث «الولاء لمن اعتق» وفي نقض الحكم بالتّوريث، مذهبا ابن الماجشون وابن عبد الحكم،

وسيأتي قريبًا عن التّوضيح في الحكم بأنّ البتّة واحدة، ما يقتضي أنّ أصل ابن القاسم موافقة ما ذهب إليه ابن عبد الحكم.

وأمّا الحكم بعلمه السّابق عن مجلس القضاء، فحكى ابن الحاجب في نقضه قولين. قال في التّوضيح: «والقول بأنّه ينقض لابن القصّار ونحوه في الموازيّة، قال ابن راشد: وهذا القول هو الأصل، والقول بعدم الفسخ حكاه ابن القصّار عن بعض الأصحاب، واختاره غير واحد لقوّة الاختلاف في ذلك، وهو عن الأيمة أبي حنيفة[388] والشّافعي[389] وغيرهما.

وأمّا الحكم بأن البتّة واحدة، ففي التّوضيح عن ابن القاسم قض الحكم بذلك، وقال ابن عبد الحكم: لا ينقض ذلك كائنا ما كان ما لم يكن خطأ بيّنًا، والذي ذكر سحنون عن ابن القاسم، أنّه لا ينقض ما اختلف فيه يلائم ما قال ابن عبد الحكم.اهـ.» وظاهر كلام ابن مرزوق أنّ هذا الفرع، ممّا اختار المازريّ وابن محرز فيه مذهب ابن عبد الحكم.

وأمّا نقض الحكم الذي قصد أن يحكم بغيره فحكم به غلطا، وقامت بيّنة على ذلك عند القاضي الثّاني. فذكره ابن محرز وابن الحاجب، وقال فيه القاضي ابن عبد السّلام: هذا ممّا يعسر ثبوته. قال حلولو: يريد لأنّ القصد لا يطّلع عليه الشّهود، لكنّ الشّهادة بالفهم عاملة.

---

[388] هو أبو حنيفة النّعمان بن ثابت رضي الله عنه. الإمام الأعظم المجمع على إمامته وفضله. أدرك أربعة من الصّحابة. وشهد له الإمام مالك والإمام الشّافعي بحدّة النّظر وقوّة الورع والإمامة في القياس. ولد سنة 80 للهجرة وتوفّي سنة 150 – لا يشكّ في ورعه وتحفّظه إلا من أعمى الله بصيرته. صلّى صلاة الفجر بوضوء العشاء أربعين سنة. وحفظ عليه أنّه ختم القرآن سبعة آلاف ختمة. ومناقبه وفضائله أكثر من أن تحصى.

[389] هو محمد بن إدريس بن العبّاس بن عثمان بن شافع المطلبيّ. المجمع على إمامته وتفقّهه في الكتاب والسنّة، وإتقانه وحفظه للأحاديث، وتمكّنه من اللّسان العربي، حتى قيل بالاحتجاج بكلامه. كان رضي الله عنه آية في الحفظ حفظ الموطّأ في تسع ليال، وقيل في ثلاث ليال. ولد سنة 150 وتوفّي في رجب سنة 204.

وأمّا نقض القضاء بظهور أنّ الشاهدين عبدان أو كافران أو صبيّان؛ فهو مذهب مالك وأصحابه. وأمّا النقض بظهور أنّهما فاسقان، فهو مذهب ابن القاسم، ومذهب أشهب عدم النقض، واختلف قول مالك في المدوّنة، فقال في كتاب الشّهادات: ينقض وقال في كتاب الحدود لا ينقض وبه أخذ سحنون. وخرّج الشيخ ابن عبد السّلام الخلاف المذكور في العبدين، قال: إذا لم ينقضه في الفاسقين بعد علمه بفسقهما وهو لو علم بفسقهما قبل الحكم؛ لما جاز له القدوم بإجماع، فلأنّ لا ينقض في العبدين أولى وأحرى لاختلاف العلماء في جواز شهادتهما ابتداء، واعترضه الشيخ ابن عرفة بما هو غير متّجه؛ كما في شرح حلولو على المختصر.

قال ابن مرزوق: فإن قلت كيف ينقض شيء من أحكام العدل العالم، وهي لا تتعقّب أي لا تعرض للنّظر فيها، قلت قد يطّلع عليها بحسب الاتّفاق، أو ترفع للقاضي، بعد الاطّلاع على وجوه النّقض فيها وثبوتها.اهـ. ومن هذا المعنى ما نقله البرزليّ في حاويه عن الشّيخ ابن عرفة أنّه نزلت مسألة عام 736 ستة وثلاثين وسبعمائة، وهي مسألة الشيخ أبي عبد الله بن الحباب[390] كان حكم عليه؛ قبل هذه المدّة بنحو عشر سنين القاضي ابن عبد الرّفيع، في جنّة استحقّها منه بنو البسطيّ، أيّام تمكّنهم من دولة الأمير ابن يحيى. فحكم عليه في بناء أحدث بها، بعد خروجها من يد ابن البسطي، أحدثه القائد ابن يعقوب وكان بناء رفيعا، فحكم عليه بقيمته منقوضا مقلوعا، فلمّا تقلّص ظلّ تمكّن ابن البسطي، طلب الشّيخ ابن الحباب، أن يجعل له مجلسا ينظر فيه في الحكم المذكور؛ فأمر به السّلطان واجتمع بدويرة جامع الزّيتونة كلّ من يطلق عليه اسم فقيه حقيقة أو مجازا، ورئيس المجلس حينئذ القاضي ابن

[390] هو محمد بن يحيى بن عمر المعافري. المعروف بابن الحباب. الأصوليّ الجدليّ. أخذ عن ابن زيتون. وأخذ عنه المقّري وابن عبد السّلام وابن عرفة، وكان يثني عليه، ونقل عنه في مختصره، توفي سنة 749.

عبد السّلام؛ وكان اعتذر للسّلطان عن الحكم، بأنّ شهادته تقدّمت في الحكم المذكور، فصرف الحكم بينهما لقاضي الأنكحة حينئذ، وهو الشيخ أبو محمد الأجمي[391] فقال لأهل المجلس: ما تشهدون به من حال الفقيه أبي إسحاق ابن عبد الرّفيع: هل كان من قضاة العدل والعلم: فقال جلّهم: هو من قضاة العدل والعلم؛ فقال لهم إشهدوا عليّ بأنّي أمضيت حكمه هذا. وكان ذلك بمحضر الشيخ ابن عبد السّلام؛ فلم يتعرّض له في ذلك بسؤال ولا إنكار؛ فكان الشيخ ابن الحباب ينكر هذا الحكم أيضا؛ ويحتجّ بأنّ القاضي العدل العالم؛ ينظر في حكمه المعيّن البيّن الخطأ، ولا أبين من خطأ الحكم بقيمة البناء منقوضا في مذهب مالك، ومن علم منه اتّباعه وتقليده. وسأل البرزلي شيخه ابن عرفة عن اعتذار ابن عبد السّلام بأنّ شهادته تقدّمت في الحكم المذكور هل هو صحيح، فقال هو خطابة قصد بها صرفها عنه ولو حكم لجاز. ونقل هذه الواقعة ابن عرفة في مختصره، وصاحب المعيار في الجزء العاشر صفحة 76 من الطبعة الفاسيّة.

وأمّا القاضي الجائر، فنقل الشيخ أبو محمد في النّوادر أنّ أحكامه يردُّ جميعها وإن كان فيها ما ظاهره الصّواب. قال ابن حبيب: وهذا قول ابن القاسم وابن الماجشون، وانفرد أصبغ بالقول بتصفّح أحكامه ومُضي صوابها. قال ابن محرز: المعروف لابن الماجشون في المجموعة والمبسوطة مثل ما لأصبغ لا يردُّ من أقضيته: إلاّ ما عرف فيه الجور. وكذلك قال سحنون في كتاب ابنه في قاض عزل على جور: أنّ الصواب من أحكامه يمضي والخطأ والجور يفسخ. قال العلاّمة ابن مرزوق بعد نقله ما ذكرناه: وأكثر تأويلات المتقدّمين؛ أن لا ينقض من أحكام القضاة على أيّ حالة

[391] المظنون أنّ هناك شخصين يلقّبان بالأجمي أحدهما هذا الذي ذكره الشيخ ابن عرفة وقد تولّى قضاء الأنكحة خاصّة. والثاني هو أبو عبد الله محمد الأجمي وقد كان أحد علماء تونس وصلحائها. تولّى قضاء الأنكحة ثم خلف ابن عبد السّلام في قضاء الجماعة. وقد كان من الفقهاء الأعلام. أخذ عن جماعة. وأخذ عنه المقّري وابن مرزوق الجدّ وابن عرفة وجماعة. توفّي إثر ولايته قضاء الجماعة سنة 749.

كانوا؛ إلاّ الجور البيّن. وظاهر عموم قول المدوّنة «ولا يفسخ القاضي قضاء من قبله؛ إلاّ أن يكون جورًا بيّنا فيردّه». موافق لما ذكرناه.اهـ. وقال المتّيطي: المشهور لمالك وبه العمل فسخ أحكام الجائر كلّها. وقال عبد الملك؛ في الثمانية لا يبطل إلاّ ما عرف الحيف فيه لا ما جهل أمره منها؛ لأنّ في ذلك ضررًا على النّاس في نقض أحكامهم؛ وليس من قاض إلاّ وله أعداء. ونحوه في المبسوط وكتاب فضل[392] واختلف فيه قول سحنون. انظر حلولو على المختصر.

وأمّا المسخوط في أحواله؛ إذا لم يعرف بالجور في أحكامه؛ فقال ابن القاسم ومطرّف وابن الماجشون: هو كالجائر في فسخ أحكامه ولا يمضي منها إلاّ ما علم صحّة باطنه بالبيّنة العادلة. وقال أصبغ: يجوز من أقضية الخلفاء والأمراء وقضاة السّوء؛ ما عدلوا فيه منها وينقض ما تبيّن فيه جورهم. وما استريب فيه منها يتصفّح؛ حتى يعلم حاله.

وأمّا القاضي العدل الجاهل أي المقلّد فلمن جاء بعده أن يتصفّح أحكامه؛ ويمضي منها ما كان غير جور. قال في التّوضيح : وحكى المازريّ رواية شاذّة: أنّ الجاهل تنقض أحكامه وإن كان ظاهرها صوابا، لأنّه وقع منه من غير قصد.اهـ. واختار اللّخمي في الجاهل الذي لا يستشير العلماء. أن يردّ من أحكامه ما كان مختلفا فيه، لأنّ ذلك كان منه تخمينا وحدسا. والقضاء بمثل ذلك باطل. قال العلاّمة ابن مرزوق: وما ذهب إليه اللّخمي. خلاف المنصوص، ففي النّوادر عن العتبيّة، من قول يحيى بن يحيى[393] : وإذا كان ممّن لا يتّهم بجور ولا يقبل غير العدول وهو مجتهد،

[392] هو فضل بن سلمة بن جرير الجهني البجائيّ. كان فقيها عالما بالوثائق. له مختصر المدوّنة ومختصر الواضحة والموازيّة وكتاب جمع فيه الموازية والمستخرّجة. توفي سنة 219.

[393] هو أبو محمد يحيى بن يحيى بن كثير الليثي القرطبي. انتهت إليه رئاسة العلم بقرطبة. سمع الموطأ من مالك غير الاعتكاف. وروايته أشهر الرّوايات. تفقّه به العتبيّ وابن مزين وابن وضّاح وتقيّ بن مخلد. توفي سنة 234 عن إثنتين وثمانين سنة.

غير أنّه جاهل بالسّنن. لا يستشير العلماء ويقضي باستحسانه. فهذا تتصفّح أحكامه ويمضي منها ما كان صوابا في ظاهره، وما خالف الكتاب والسنّة فسخ لما عرف من جهالته؛ وإن حكم بمختلف فيه لم ينقض.اهـ. قال ابن مرزوق: قوله «وهو مجتهد» يعني يجتهد في إصابة الحقّ، فيما يظهر له، وليس من اجتهاد الفقهاء، لفرضه أنّه جاهل بالسّنن. وقوله «لما عرف من جهله».اهـ. ومحلّ قوله «إذا حكم بمختلف فيه لم ينقض» إذا لم يشترط عليه في ولايته، أن يحكم بمشهور المذهب المنتسب إليه؛ فإن شرط عليه ذلك كما هو الحال عندنا بتونس، فإنّه ينقض، متى خالف المشهور وما به العمل. وقد نبّه على ذلك الشيخ حلولو في شرح المختصر. وقال صاحب العمل:

حكم قضاة الوقت بالشّذوذ ❁ ينقض لا يتمّ بالنّفـــــوذ

ومن عوام لا تجز موافقـــا ❁ قولا فلا اختيار منهم مطلـقا

ومراده بالشّاذ ما خالف المشهور وما به العمل، وقد ظهر بما ذكرناه، أنّ أحكام القضاء العدول المقلّدين كقضاتنا في هذه الأزمنة يجوز تعقّبها. فما يفعل اليوم عندنا بتونس، من تعقّب أحكام قضاة الآفاق، لدى قاضي الحاضرة ومشايخ الشّورى. وهو المعبّر عنه بالمجلس جار على صريح الفقه ولبابه، وإنّ عدم تعقّب حكم قاضي الجماعة بالحاضرة، إلاّ بعد التّرخيص من الأمير في ذلك، إنّما هو أمر رآه أولو الأمر في بلدنا أوفق بالمصلحة فسنّوه. ولو شاؤوا أن يجروا حكم قاضي الحاضرة مجرى أحكام قضاة الآفاق في جواز تعقّبه، لكان ذلك جاريا على مقتضى الفقه[394]. وهو الواقع في الدّيار المغربيّة، ففيها محاكم استئنافيّة. والاستدلال على فساد ذلك بقول المختصر الخليليّ "ولا يتعقّب حكم العدل العالم" باطل؛ لأنّ المراد بالعالم المجتهد؛

[394] بعد صدور التّأليف صار حكم قاضي الحاضرة يعقّب وجاءت بذلك مجلة المرافعات الشرعيّة الوارد الأمر العليّ بالعمل بها المؤرّخ في 28 شوال 1397 وفي 2 سبتمبر 1948 (انظر الملاحق).

وبالجاهل المقابل له المقلّد. قال البنّاني في حواشي الزّرقاني: "واعلم أنّ المراد بالجاهل العدل المقلّد؛ كما فسّره به أبو الحسن؛ ويفيده كلام اللّخمي.اهـ". وهو الذي صرّح به ابن مرزوق.

وأمّا التحجير غير المقبول فما كان في الاستقلال بالقضاء؛ بأن يتوقّف القاضي في الحكم على غيره. ففي المنتقى لأبي الوليد الباجي لا يولّى قاضيان فأكثر على وجه الاشتراك؛ فلا يكون لأحدهما الانفراد بالنّظر في قضية ولا قبول بيّنة؛ ولا إنفاذ حكم. قال الشيخ أبو إسحاق في زاهيه: والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم فلا يجتمع إثنان فيكونان جميعا؛ حكمًا في قضيّة واحدة: وأمّا أن يُستقضى في البلد قضاة؛ ينفرد كلّ منهم بالنّظر فيما يرفع من ذلك إليه فجائز. قال وعمل الأمّة من زمانه صلى الله عليه وسلّم إلى زماننا هذا لا يشرك إثنان في قضيّة.اهـ. قال المازريّ: غلا الباجي في المنع؛ حتى ادّعى عليه الإجماع؛ وقال لم يتّفق هذا من زمنه، عليه الصّلاة والسّلام إلى زمننا؛ وخاف من النّقض عليه بالحكمين في الصّيد؛ والشّقاق بين الزّوجين، فأشار إلى أنّه لا مضرّة في اختلاف الحكمين، لأنّهما إذا اختلفا انتقل إلى غيرهما، وفي القاضيين لا يمكن التنقّل عنهما لأنّهما بولاية لا يصحّ التنقّل بها بعد انعقادها، واختلافهما يؤدّي لتضييع الأحكام، قال المازريّ: وعندي أنّه لا يقوم دليل على المنع إذا اقتضت ذلك المصلحة ودعت إليه الضّرورة في نازلة؛ يرى الإمام أنّه لا يثلج صدره وترتفع فيه التّهمة إلاّ بقضيّة رجلين. وقد ذكر الباجي: أنّه قد ولّي في بعض بلد الأندلس؛ ثلاثة قضاة على هذه الصّفة، ولم ينكره من كان في ذلك البلد من فقهائه. قال الشيخ ابن عرفة؛ منع الباجي وابن شعبان[395]، إنّما هو في تولية قاضيين

[395] هو أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصريّ. انتهت إليه رئاسة المالكيّة بمصر. من تآليفه الزّاهي في الفقه وكتاب أحكام القرآن وكتاب مختصر ما ليس في المختصر. توفي سنة 355 وسنّه فوق الثّمانين.

ولاية مطلقة لا في مسألة جزئيّة، كما فرضه المازريّ. قلت لا يشكل على هذا ما جرى به الأمر عندنا في تونس من الأحكام المجلسيّة، التي لا ينفرد القاضي بالنّظر فيها لأنّها مخرّجة على أنّ القاضي مشروط عليه أن يشاور العلماء، فيما يطلب فيه الخصوم مشاورتهم. على أنّ ابن شعبان أورد ذلك في القاضي المجتهد، كما يدلّ عليه قول ابن عرفة في مختصره، في ضمن حكاية ما تقدّم "واختلافهما يؤدّي لتضييع الأحكام، والغالب اختلاف المجتهدين. وإن كانا مقلّدين فولاية المقلّد ممنوعة. اهـ." ففرض الكلام في المجتهدين كما ترى فتأمّل.

وأمّا التّحجير المقبول فما كان في أنواع من القضايا، كالتّحجير على القاضي الحنفيّ عندنا في الحكم في المغارسة صحّة وفسادًا، والتّحجير على المالكيّ في الحكم ببطلان الحبس الخالي من الحوز صحّة وفسادًا، أو كان في الحكم على أشخاص معيّنين ولو بالنّوع. كالحكم على رعايا الدّول الأجنبيّة في غير استحقاق العقّار. قال الشيخ ابن عرفة في مختصره الفقهي، ما نصّه : "المازري يصحّ في ولاية القضاء التّحجير، ولو ولاّه قضاء بلد إلاّ في رجل سمّاه صحّ ذلك.اهـ." لكن قبول هذا التّحجير. مقيّد بما إذا كان قبل النّظر في القضيّة وتبيّن الحقّ فيها وإلاّ لم يقبل، ففي النّوادر عن الواضحة عن أصبغ: إن منع الإمام قاضيه الحكم بين خصمين، فإن كان قبل أن يتبيّن له الحقّ أطاعه، وإن كان بعد أن تبيّن فلاينفّذه إلاّ أن يعزله رأسا. قال البرزلي في الحاوي: وكثيرا ما يقع في زماننا، ينهي الأمير القاضي عن تمام الحكم في قضيّة أو ينهاه عنها ابتداء، مثل تحجيره عليه أن يحكم على الأجناد أيّام الحركة. فإن كان قبل ظهور الحقّ عزل نفسه، وبعد ظهوره يجب عليه السّعي في تمامه إن أمكن، ولم تنشأ عنه مفسدة وإن ظنّ إنشاء المفسدة تركها، وكان كالمكره على عدم إنفاذ الحكم، فله مندوحة عند الله تعالى.

وأمّا التّخصيص بنوع من الأحكام فجائز. ففي مختصر ابن عرفة: ويجوز تولية قاضيين ببلد، على أن يخصّ كلّ منهما بناحية من البلد أو نوع من الحكم فيه. لأنّ هذه الولاية يصحّ فيها التّخصيص والتّحجير، لو استثنى في ولايته أن لا يحكم على رجل معيّن صحّ ذلك. قال ابن فتحون: وقد تنفرد القضاة في بعض البلاد، بخطّة المناكح ومتعلّقاته فولاّها على حدة. قال ابن عرفة: كما في بلدنا قديما وحديثا من تخصيص أحدهما بأحكام النّكاح ومتعلّقاته على حدة.اهـ.

أمّا الاشتراط على القاضي أن لا يحكم إلاّ بمذهب معيّن ففيه أقوال:

-الأوّل، الجواز وصحّة الولاية، وهو ظاهر على نقل عن سحنون أنّه ولّى رجلا؛ سمع كلام بعض العراقيين وشرط عليه الحكم بمذهب أهل المدينة، قال المازريّ: مع احتمال كون الرّجل مجتهدا. وهو أيضا ظاهر نقل الباجي: أنّ الولاة بقرطبة، كانوا يشترطون على من ولي القضاء في سجّله، أن لا يخرج عن مذهب ابن القاسم ما وجده.

-الثّاني المنع وفساد الولاية. وبه قال الطرطوشي[396]؛ ووصف اشتراطه بأنّه جهل عظيم.

-الثّالث: صحّة الولاية وإبطال الشّرط، كما هو أحد الأقوال في البيع المصاحب لشرط فاسد؛ من إبطال الشّرط وصحّة العقد.

-الرّابع: ما نقله المازريّ عن بعضهم: إن كان على مذهب مشهور عليه عمل أهل بلده، نهي عن الخروج عن ذلك المذهب. وإن كان مجتهدا أدّاه اجتهاده إلى

---

[396] هو أبو بكر محمد بن الوليد القرشي الفهري الطرطوشي الإسكندري. صحب أبا الوليد الباجي؛ وسمع من أبي بكر الشّاشي وأبي محمد الجرجاني وأبي علي التّستري. وأخذ عنه أبو بكر بن العربي والقاضي ابن سعادة وأبو عبد الرحمان الأصيلي والقاضي عياض بالإجازة. من تآليفه سراج الملوك وشرح رسالة ابن أبي زيد وكتاب في مسائل الخلاف. مولده سنة 451 وتوفي بالإسكندريّة سنة 520.

الخروج عنه، لتهمته أن يكون خروجه حيفا أو هوى. وهذا القول عمل بمقتضى السّياسة، ومقتضى الأصول خلافه؛ والمشروع اتّباع المجتهد مقتضى اجتهاده. انظر مختصر ابن عرفة. وهذه الأقوال كلّها في المجتهد. وأمّا المقلّد، فيلزمه اتّباع المشهور وما به العمل، لتثبت أحكامه ويعلو يوم القيامة مقامه، إذ بذلك يتعلّق من الاستقامة بالحبل المتين، ويحشر في زمرة القضاة العادلين.

قال الفقير إلى ربّه محمد العزيز جعيّط: قد رأيت أن ألقي هنا عصا التّسيار، وأريح القلم من نصب الأصحار، إذ فيما سقته جملة وافية من المباحث الشّريفة، والتّحقيقات الطليّة اللّطيفة، التي لا يستغني عنها من رام التبصّر والاضطلاع، والوقوف من علم القضاء على يفاع. ولا يجتني جناها ويحتسي كأس حمياها؛ غير الخريت الطّويل الباع. وليست أدّعي أنّي استويت فيما اصطفيت على صهوة الإبداع، فضلا عن ادّعاء الابتكار والاختراع. وإنّما أدّعي أنّي انتخبت من نتف الدّقائق ما هو تحفة للبصائر ونزهة في الأسماع، وذلّلت من العصيّ وقرّبت من القصيّ، ما كشف اللّثام عن مخدّرات علم الأحكام، وأزال عن محيّى أبكارها القناع، وما قصدت بذلك إلاّ الإصلاح بقدر الاستطاعة، مقرّا بالعجز والقصور وقلّة البضاعة. والله المسؤول أن ينفع به قارئه وناظره، وأن يجعله من الأعمال المتقبّلة في الدّنيا والدّار الآخرة. وكان الفراغ من تأليفه لسبع عشرة خلون من شهر ربيع الأنور عام ستين وثلاثمائة وألف.





الملاحق

مجلة المرافعات الشّرعيّة

أمر علي
تاريخ 2 سبتمبر 1948 يتعلّق بإحداث مجلّة للمرافعات الشرعيّة



أمر عليّ
تاريخ 2 سبتمبر 1948 يتعلّق بإحداث مجلّة للمرافعات الشرعيّة

نسخة أمر عليّ نصه بعد فاتحته

من عبد الله سبحانه المتوكّل عليه المفوّض جميع الأمور إليه، محمد الأمين باشا باي صاحب المملكة التونسيّة سدّد الله تعالى أعماله وبلغه آماله، إلى من يقف على أمرنا هذا من الخاصّة والعامّة. أمّا بعد فإنّه بعد اطلاّعنا على الأمر العليّ المؤرّخ في 30 ربيع الآخر 1293 وفي 25 ماي 1876 الصّادر في تراتيب المجالس الشرعيّة.

وعلى الأمر العليّ المكمّل له المؤرّخ في 10 رجب 1314 وفي 15 ديسمبر 1896.

وعلى الأمر العليّ المؤرّخ في 16 ربيع الأنور 1356 وفي 27 ماي 1937 الصّادر بنظام إجراءات الحكم على الغائب بالمحاكم الشرعيّة.

ونظرا لما اقتضته المصلحة وتطلّبته الحالة وتطوّرات الزّمن، من لزوم جعل قانون تضبط به أصول المرافعات الشّرعيّة، الواجب إجراؤها في مواد الحالة الشّخصيّة والنّزاعات العقّاريّة. الاستحقاقيّة الرّاجعة بالنّظر إلى محاكم الشّرع العزيز.

وبناء على الرّأي الذي أبداه جناب وزيرنا للعدليّة

وما قرّره وعرضه جناب وزيرنا الأكبر أصدرنا أمرنا هذا بما يأتي :

الفصل 1 – النّصوص المنشورة فيما بعد والمتعلّقة بنظر المحاكم الشرعيّة في الأحوال الشّخصيّة والنّزاعات العقّارية التي تجري لديها، وطرق التّنفيذ حررت بقانون عنوانه (مجلة المرافعات الشرعيّة).

الفصل 2 – أحكام القانون المذكور منسحبة على جميع النّزاعات الشّرعيّة في مادتّي الحالة الشّخصية والاستحقاق العقّاري. ويجري العمل بها عند مضيّ شهر من تاريخ نشرها بالرّائد الرّسمي التّونسي.

وعليه فإنّ كل قضية تنشر اعتبارا من ذلك التاريخ تكون المرافعة فيها على مقتضى هذا القانون.

الفصل 3 – أبطلنا العمل بكلّ نصّ وعادة وتراتيب مخالفة لذلك.

الفصل 4 – جناب وزيرنا الأكبر وجناب الكاتب العام للحكومة التّونسية وجناب وزيرنا للعدّلية مكلّفون كل فيما يخصّه بإجراء العمل بما تضمّنه أمرنا هذا.

وكتب في 28 شوال 1367 وفي 2 سبتمبر 1948.

القسم الأوّل – في نظر المحاكم الشرعيّة ومرجع النّظر التّرابي وتخيير المطلوب وموجب التّخلي عن النّظر وفيه أربعة أبواب

الباب الأول – في نظر المحاكم الشرعيّة

المادّة الأولى – تنظر المحاكم الشرعيّة في قضايا الأحوال الشخصيّة وفي المواريث، وفي صحّة وفساد العقود المتعلّقة بالحالة الشخصيّة أو المترتّب علها الاستحقاق، وفي التّداعي في المنقولات بين الزّوجين أو لأجل المراكنة وفي قسمة العقّار وتصفيقه.

المادّة الثّانية – قضايا الأحوال الشّخصيّة والمواريث التي تنظر فيها المحاكم الشرعيّة، هي التي تكون بين المسلمين من الرّعايا التّونسيين، أو بين المسلمين الذين ليسوا برعايا ولا محتمين بدول غير إسلاميّة، أو بين تونسيّين مسلمين وغيرهم في النّزاعات المتعلّقة بمواريث الرّعايا التّونسيين المسلمين.

أما القضايا الاستحقاقيّة فتنظر فيها سواء أكانت بين الرّعايا أو بينهم وبين غيرهم ممّن ليسوا برعايا.فإذا كانت بين رعايا دول غير إسلامية فلا تنظر فيها.

المادّة الثّالثة – ليس من الدّعاوي الاستحقاقية طلب رعايا الدّول غير الإسلاميّة إقامة الوثائق، ولا معارضة هذا الطلب. فللحاكم الشّرعي رفض المطلب أو قبوله بحسب ما قام عنده، ولمن يهمّه الأمر القيام من جهة الاستحقاق بالوسائل التي يراها لدى المحكمة ذات النّظر.

المادّة الرّابعة – تنظر المحاكم الشرعيّة في القضايا الاستحقاقيّة الموجّهة على الدّولة أو الإدارات أو المؤسّسات ذات الشّخصيّة المدنيّة.

المادّة الخامسة — لا تنظر المحاكم الشرعيّة في دعاوي الاستحقاق في الصّور الآتية.

أولا — العقّار المسجل تسجيلا نهائيّا إذا كانت الدّعوى راجعة لذات العقّار أو للمالك له — أما إذا كانت ترجع لصّحة حبس صادر فيه أو فساده أو لتعيين المستحقّ في ريعه فإنّها من مشمولات أنظارها.

ثانيا — العقّار المقدّم طلب في تسجيله قبل تقييد المقال، إلا إذا حكم برفض مطلب تسجيله، أو حكم بتوقّف تسجيله على ثبوت الاستحقاق لدى المحكمة ذات النظر.

ثالثا — ما استثني من مشمولات النّظر الشّرعي من الدّعاوي بمقتضى قانون الأراضي الاشتراكيّة الانتفاع المؤرخ في 30 ديسمبر 1935.

رابعا — ما خرج عن النّظر الشّرعي من النّزاعات بمقتضى قانون الأراضي الجنوبيّة المؤرّخ في 23 نوفمبر 1918.

المادّة السّادسة — توصف بقضايا شخصيّة دعاوي الزوجيّة وما ينشأ عنها من النّزاع في الصحّة والفساد والنّفقة والحضانة والطّلاق والضّرر وطلب البناء واللعان والإيلاء والظهار وعيوب الزّوجين والنّزاع في دفع الصّداق وفي متاع البيت وفي بدل الخلع، وفي استحقاق هدايا المراكنة سواء أكانت الزّوجيّة متّصلة أو منفصلة في الأمور الأربعة الأخيرة، وكذلك دعاوي التّرشيد والتّسفيه والنّسب والولاء.

وتوصف بدعاوي استحقاقية دعاوي الاستحقاق العقّاري وما ينشأ عنها من النّزاع، في الهبة والصّدقة والاعتصار والعمرى والحبس والشّفعة والقسمة، والتّصفيق والوصيّة وصحّة العقود وفسادها.

المادّة السّابعة — حدّد نظر المحاكم الشرعيّة كما يأتي :

يحكم قاضي النّاحية في البلدان التي ليس بها مجالس شرعيّة، والقاضي في البلدان التي بها مجالس في الأحوال الشخصّية، من حجر وترشيد وتقديم وأحكام الزّوجية وما يترتّب عليها ويتعلّق بها، والمواريث، حكما نهائيّا قابلا للتّعقيب ويحكم شيخا الإسلام يوم نوبتهما والشيخان القاضيان بالحاضرة بصفة فرديّة، في نوازل الأحوال الشّخصيّة والدّعاوي الاستحقاقيّة حكما نهائيّا قابلا للتّعقيب أيضا.

وتحكم المجالس الشّرعيّة بالآفاق في القضايا العقاريّة التي جعل لها النّظر فيها، وفي قضايا ريع الأوقاف وفيما يعرضه عليها المشايخ القضاة بجهاتهم، من القضايا الفرديّة حكما نهائيّا قابلا للتّعقيب.

ويحكم المجلس الشّرعي بالحاضرة فيما تحكم فيه المجالس الشرعيّة، ولا يكون حكمه قابلا للتّعقيب إلا إذا صدر معروض سام في تعقيبه بطلب من شيوخ المجلس بعد اتّجاه سببه لديهم وذلك في غير ما نصّ عليه بالمادّة الرّابعة والسّبعين.

ويحكم مجلس التّعقيب بالحاضرة في الأحكام الفرديّة مطلقا سواء أكانت صادرة من المحكمة الشرعيّة بالحاضرة، أو من المشايخ القضاة بالآفاق وفي الأحكام المجلسيّة الصادرة من المجالس الشّرعيّة بالآفاق.

الباب الثّاني – في مرجع النّظر التّرابي

<u>المادّة الثّامنة</u> – المطلوب لدى محكمة من المحاكم الشرعية بالآفاق، تلزم محاكمته لدى محكمة الجهة التي بها محل إقامته وقت رفع النّازلة، غير أنّه إذا ترافع خصمان لدى محكمة، فإنّ القضية المترافع فيها تقبل بهذه المحكمة ولو كانت المحكمة بغير عمل إقامتها. أما المحكمة الشرعيّة بالحاضرة فنظرها يمتدّ إلى سائر بلدان الإيالة.

<u>المادّة التّاسعة</u> – إذا طلب أحد الخصمين المترافعين لدى محكمة من محاكم الآفاق، إحالة القضيّة على المحكمة الشرعيّة بالحاضرة فإنّه يجاب إلى ذلك إلاّ إذا

اعتذر الخصم الآخر بعذر رآه الجانب الشّرعيّ بالحاضرة مقبولا، فإنّ القضّية تبقى حينئذ لدى المحكمة المنشورة لديها. كلّ ذلك ما لم تتهيّأ النّازلة للحكم لدى المحكمة الآفاقيّة.

الباب الثّالث – في تخيير المطلوب

المادّة العاشرة – للمطلوب الخيار عند الطّلب في أن تقع محاكمته على مقتضى المذهب المالكيّ أو الحنفيّ في غير ما صدر به المعروض العليّ المؤرّخ في 13 جمادى الأولى 1367 وفي 23 مارس 1948 من تخصيص المذهب الحنفيّ بالنّظر في قضايا:

1 - إجبار الأب ابنته البكر البالغة على النّكاح.

2 - والشّفعة بالجوار.

3 - وفيما هو راجع للنظّر الشّرعي من بيع الوفاء.

4 - وصحّة البيع بالكمشة المجهولة.

5 - وصحّة الحبس على النّفس.

وتخصيص المذهب المالكي بالنّظر في قضايا :

1 - الطّلاق بالإعسار بالنّفقة.

2 - والطّلاق بإضرار الزّوج.

3 - وتصفيق الملك المشترك للبيع عند اتّحاد المدخل وعدم إمكان القسمة.

4 - والوصيّة للمعدوم.

5 - وصحّة التبرّع في المشاع إذا كان غير قابل للقسمة.

6 - والقسمة فيما عليه إنزال.

7 - وصحّة المغارسات.

فإنّ هذه الأنواع لا يقبل فيها التّخيير ولا تحكم فيها إلا الدّائرة المخصّصة بالنّظر فيها، إلا إذا صدر معروض عليّ في الإذن لإحدى الدائرتين الحنفيّة أو المالكيّة، بأن تتعاطى النّظر بصفة استثنائيّة فيما هو من مخصّصات الدّائرة الأخرى.

أما غير هذه الأنواع فيبقى التّخيير فيها للمطلوب. فإذا طلب لدى قاضي إحدى الدّائرتين، فتمسّك بمذهب الدّائرة الأخرى أجيب إلى تمسّكه وصرفت النّازلة للدّائرة التي تمسّك بمذهبها، إذا كان تمّسكه قبل الجواب. أما إذا أجاب فلا يجاب إلى تمسّكه إلا إذا قال إثر جوابه هو متمسّك بالمذهب الآخر فإنّه يمكّن من التمسّك.

المادّة الحادية عشرة – لا يعتبر في المنع من التمسّك إلا المقال والجواب المكتوبان الصّحيحان بالنّسبة لقضاة الآفاق،أمّا شيخا الإسلام وقاضيا الحاضرة فالجواب الشّفاهي لدى كلّ منهم مانع من التمسّك، ويقبل قوله في أنّ الجواب وقع لديه وفي صورة الجواب.

وصحّة الجواب المانعة من التمسّك إنّما تعتبر من الجانب الشّرعي الذي وقع التمسّك لديه،غير أنّه إن رأى الجواب غير مانع من التمسّك لعدم صحّته في نظره وصرف القضّية إلى المذهب الآخر، فرأى رجال هذا المذهب أنّ التمسّك غير مقبول لصحّة الجواب في نظرهم، وأرجعوا القضيّة إلى الجانب المتمسّك لديه فإنّه يقبلها ويتعاطى فصلها على مقتضى مذهبه.

المادّة الثّانية عشرة – إذا بدا للمطلوب الرّجوع عن تمسّكه فلا يمكّن من ذلك.

المادّة الثّالثة عشرة – إذا تعدّد المطلوبون في قضيّة بعد حصول الجواب عن الدّعوى ممّن قيّدت عليه أوّلا، وكان هذا التعدّد متسبّبا عن إدخال أشخاص لم يكونوا مشمولين فيها، وطلبوا التمسّك بغير مذهب أهل الدّائرة التي سبق الجواب

لديها أوّلا من المدّعى عليه الأصليّ فإنّهم لا يمكّنون من تمسّكهم ويلزمون بالمحاكمة لدى الدّائرة التي أجاب لديها المدّعى عليه الأصليّ.

المادّة الرّابعة عشرة — إذا حضر المطلوبون في وقت واحد لدى إحدى الدّائرتين واختلفوا في المحاكمة لدى الدّائرة المستدعية فالعبرة برغبة الأكثر، فإن تساووا فللحاكم الذي نشرت لديه القضيّة أن يبقيها لديه برمّتها أو يصرفها إلى المذهب الآخر برمّتها بحسب ما يراه من المصلحة ولا تمكن التّجزئة بحال.

المادّة الخامسة عشرة — إذا تعدّدت فصول الدّعوى وأجاب المدّعى عليه عن بعضها حنفيّا أو مالكيّا، وتمسّك في البقيّة بالمذهب الآخر فإن اتّحد نوع الدّعوى وتعدّد المدعى فيه، أو اختلف نوع الدّعوى وكان بين الدّعويين أو الدّعاوي تلازم، لم يقبل التمسّك. وإن اختلف نوع الدّعوى ولم يكن بين الدعويين أو الدعاوي تلازم مكّن من التمسّك.

المادّة السّادسة عشر — يبقى العمل بتخيير المطلوب إلى أن تصدر مجلة شرعيّة توحّد الأحكام، وبعد وجودها وتوحيد الأحكام فيها يبطل العمل بتخيير المطلوب.

الباب الرّابع – في موجب التّخلّي عن النّظر

المادّة السّابعة عشرة — للخصوم القيام بطلب تخلّي المحكمة عن النّظر بموجب جنسيّة أحد الخصوم، أو عدم مراعاة القواعد المتعلّقة بترتيب نظر المحاكم. وعلى المحكمة التخلّي عن النّازلة بعد ثبوت موجب التخلّي.

المادّة الثّامنة عشرة — للخصم إذا كانت النّازلة تابعة لنازلة أخرى منشورة في إحدى الدّائرتين (الحنفيّة أو المالكيّة) أن يطلب إحالة النّازلة على الدّائرة التي بها النّازلة الأصليّة.

القسم الثاني – في القيام بالطّلب لدى المحاكم وفي قبول وتقييد النّوازل في الاستدعاءات وفي الأبحاث وفي التوجّهات، وفي تعيين النّوازل المجلسيّة وفي الأحكام وفي الدّعاوي العارضة والفرعيّة والمقصود منها المعارضة

وفيه ستّة أبواب

الباب الأوّل – في القيام بالطّلب لدى المحاكم

المادّة التّاسعة عشرة – حقّ القيام بالمطالبة فيما عدى الاحتساب إنّما يكون لصاحب الحق أو وكيله، أو ناظره من أب أو وصيّ أو مقدّم قاض. ولا تقبل الدّعوى ممّن ليس له أهليّة القيام.

المادّة العشرون – تقبل دعاوي الاحتساب من كلّ مكلّف وهي ما فيه حق الله ممّا ليس للعبد إسقاطه.

الباب الثّاني – في قبول وتقييد النّوازل وفي الاستدعاءات

المادّة الحادية والعشرون – تعرض النّوازل بشكاية يقدّمها الطّالب أو نائبه الشّرعي إلى الحاكم، ويحيلها للحاكم على كتابة دائرة المحكمة لاستيفاء موجبات النّشر، وترسيم النّازلة بدفتر كتابة المحكمة وترسيم عدد رتبي عليها، ويقيّد عدول المحكمة في النّازلة مقالا إن كانت النّازلة استحقاقيّة أو في القضايا الشّخصية ذات الأهميّة، وبمجرّد حضور المقال فيما يلزم فيه مقال، وبمجرّد رسم النّازلة فيما ليس فيه مقال يستدعي الحاكم المطلوب.

المادّة الثّانية والعشرون – كلّ مطلوب يلزم أن يوجّه إليه استدعاء كتابيّ يحوي اسمه ولقبه ومهنته، ومحلّ سكناه والموضوع الذي استدعي من أجله واسم طالبه ومهنته ومحلّ سكناه، والمحكمة الصّادر منها الاستدعاء ويوم الحضور وساعته.

المادة الثالثة والعشرون – يقع تبليغ الاستدعاء بواسطة أعوان المحكمة الشّرعية فيما إذا كان المستدعي في المنطقة البلدّية التي بها المحكمة. وبواسطة عامل الجهة فيما إذا كان خارجها. ويكون تبليغه إمّا للمستدعي نفسه أو لمنزله. وينصّ بجذر الاستدعاء على تاريخ إبلاغه للمستدعي أو لمن وجد بمنزله، ويمضي به المستدعي أو من تسلّمه منه إن كان عارفا بالكتابة، أو يضع أثر إبهامه إن كان غير عارف بها ويؤرّخه المبلّغ ويمضيه، وهذا الجذر يضيفه الحاكم لأوراق النّازلة.

المادّة الرّابعة والعشرون – يلزم أن يكون تسليم الاستدعاء قبل اليوم المعيّن فيه الحضور بسبعة أيّام كاملة. ويمدّد هذا الأجل بحسب يوم لكلّ عشرين ميلا بين منزل المستدعي والمكان المعيّن للحضور. وبانعدام مراعاة مدّة الآجال يبطل العمل بالاستدعاء.

المادّة الخامسة والعشرون – إذا لم يحضر المطلوب المستدعي بالطّريقة السّالفة في اليوم والسّاعة المعينين بالاستدعاء إمّا بنفسه أو بواسطة وكيل مقبول النّيابة، يوجّه إليه استدعاء ثان بالطريقة المتقدّمة، ينصّ فيه على أنّ ذلك الاستدعاء ثان، وإذا لم يحضر لا هو ولا وكيله، يوجّه إليه استدعاء ثالث وأخير ينصّ فيه على أنّه إذا لم يحضر في الأجل المعيّن بنفسه أو بواسطة نائب، فإنّ الحاكم المستدعي يعيّن وكيلا يقوم مقامه في النّازلة والحكم الذي يصدر فيها والحالة تلك يكون غيابيّا.

المادّة السّادسة والعشرون – إذا كان المطلوب المستدعي وكيلا مقبولا في

المحكمة المنشورة لديها النّازلة، يكفي في تحقيق بلوغ الاستدعاء إليه إمضاؤه وإمضاء كاتبه المعروف على جذر البطاقة الموجّهة إليه، وإذا لم يحضر الوكيل في اليوم والسّاعة المعيّنين يوجّه إليه استدعاء ثان، وينصّ به على أنّه الأخير ويجري عليه حكم المادّة قبلها.

المادّة السّابعة والعشرون – إذا حضر المطلوب لأوّل استدعاء ثم أخّرت النّازلة إلى جلسة مقبلة،فإنّه يوجّه إليه استدعاء واحد فقط ينصّ به على أنّه الأخير، وأنّه إذا لم يحضر المستدعي يصدر الحكم في النّازلة غيابيّا ثم إنّه إذا تخلّف بعد بلوغ الاستدعاء إليه يعتبر غائبا بصفة باتّة.

المادّة الثّامنة والعشرون – إذا حلّ الأجل المعيّن للحضور بالاستدعاء الأخير، ولم يحضر المطلوب ولا وكيله فإنّ القاضي يعيّن وكيلا يقوم مقامه وهذا الوكيل يباشر النّازلة إلى نهايتها، وإذا حضر المطلوب بعد تعيين الوكيل المقام وطلب تعاطي الخصومة بنفسه، فإنّه لا يجاب إلى ذلك وإنّما له أن يتّصل بالوكيل المقام له، ويمدّه بالإرشادات والحجج التي تفيده في تتبّع النّازلة، أو يوكّل وكيلا آخر حالاّ وإذا تغيّب هذا الوكيل أو حدث له مانع، فإنّ الحاكم يقيم غيره من الوكلاء، وكذلك العمل فيما تغيّب الوكيل المعيّن من قبل الحاكم.

المادّة التّاسعة والعشرون – الوكيل المعيّن من قبل الحاكم يستحقّ أجرة يقدّرها الحاكم ويسبقها الطّالب، ويقع حملها على المطلوب المتخلّف كيفما كان مثال النّازلة.

المادّة الثلاثون – إذا حضر المطلوب المتخلّف بعد تعيين الوكيل المقام له من قبل القاضي، وصرّح بعد سؤاله من طرف الحاكم أنّه راض به أو طلب تبديله بمن يعيّنه هو حالاّ، ويجيبه القاضي إلى ذلك، فإنّ الحكم الذي يصدر في النّازلة يعتبر

حضوريّا. أمّا إذا استمرّ على التخلّف إلى أن تمّت إجراءات النّازلة، أو صرّح عند سؤاله بأنّه غير راض به ولم يوكّل حالّا وتبيّن أحقّية دعوى الطّالب وصحّتها فإنّ الحكم يكون غيابيّا.

المادة الحادية والثلاثون – نوازل النّفقات ونوازل تسليم المحضون لحاضنته يصدر الحكم فيها بعد استدعاء المطلوب مرّة واحدة، وينبّه بهذا الاستدعاء الوحيد على أنّه إذا لم يحضر في الأجل المعيّن بنفسه أو بواسطة نائب، فإنّ الحاكم المستدعي يعيّن من يقوم مقامه في النّازلة وإنّ الحكم الذي يصدر فيها يكون غيابيّا.

المادّة الثّانية والثلاثون – إذا لم يمكن العثور على شخص المطلوب أو على مقرّ له، فإنّ القاضي المقدّمة إليه النّازلة ينشر إعلانا بإحدى الجرائد اليوميّة التي تصدر بالحاضرة في ثلاث نشرات، يتضمّن تسمية ممّن قام بالدّعوى واسم المدّعى عليه وموضوع الدّعوى، وإنه سيصدر الحكم في النّازلة غيابيّا إذا لم يحضر المطلوب ولا وكيل عنه مقبول النيابة، وذلك في مدّة لا تتجاوز أربعين يوما من تاريخ النّشرة الأخيرة، وإذا لم يحضر المطلوب ولا وكيله المقبول بعد الأجل المذكور، فإنّ القاضي يسخّر له وكيلا ينوبه وإذا صدر الحكم على هذا الغائب، فإنّه يكون قابلا للتنفيذ بعد شهرين من تاريخ صدوره. وللمحكوم عليه حقّ الاعتراض إلى وقوع التّنفيذ إلاّ إذا كان الحكم متعلّقا بنفقة أو تسليم محضون، فإنّه قابل للتّنفيذ الوقتيّ بدون نظر للاعتراض.

المادّة الثّالثة والثلاثون – تبليغ الاستدعاءات والإعلامات لغير التّونسيين، يكون بواسطة الوزارة التي تخاطب من له النّظر ولا ينقص الأجل عن العشرين يوما، إذا كان قاطنا بالحاضرة أمّا القاطن خارجها فيزاد له في ا الأجل ما يكون كافيا لبلوغ التّنبيه، كما يلزم أن لا يكون يوم الحضور مصادفا لبعض المواسم.

المادّة الرّابعة والثلاثون – إذا شملت القضيّة الواحدة مطلوبين فأكثر ووقع استدعاء جميعهم وتخلّف بعضهم، فإنّه يعاد استدعاء جميعهم استدعاء ثانيا، ثم إذا تخلّفوا يستدعون استدعاء ثالثا على ما جاء بالمادتين 24 و25، ولا يمكن الحاضر من الجواب أو التّمادي على النّازلة ما لم يحضر غيره من بقيّة المطلوبين، أو يحلّ الأجل المعيّن بالاستدعاء الأخير. والحكم الصّادر بحضور بعض المطلوبين وحضور الوكيل المعيّن فرضا لبعضهم، يعتبر غيابيّا بالنّسبة لجميعهم وإذا تخلّف بعضهم بعد الاعتراض عليه، فإنّ الحكم الصّادر يكون حضوريّا بالنّسبة لجميعهم.

المادّة الخامسة والثّلاثون – إذا لم يحضر الطالب بعد بلوغ الاستدعاء إليه مرّة واحدة على الطريقة السالفة في الاستدعاءات يحكم بطرح النازلة إلا إذا طلب المدعى عليه التمادي على النظر فيها إلى أن تنتهي بالحكم البات ورأى الحاكم إجابة هذا الطلب.

الباب الثّالث – في الأبحاث

المادّة السّادسة والثّلاثون – إذا طلب أحد الخصوم الإذن في إقامة بيّنة استرعائيّة تفيد في موضوع النّازلة، يلزم الحاكم أن يجيبه إلى مطلبه. أمّا ما لا يفيد في الموضوع فله أن لا يأذنه في إقامتها.

المادّة السّابعة والثّلاثون – لا يلزم طالب الإذن في إقامة بيّنة استرعائيّة أن يسمّي قبل إقامتها الشّاهدين له.

المادّة الثّامنة والثّلاثون – إذا رأى الحاكم استفسار شهود البيّنة عمّا شهدوا به كان له ذلك. وتخلّف الشّهود عن الحضور للاستفسار لغير عذر مقبول يوجب إلغاء البيّنة.

المادّة التّاسعة والثّلاثون – إذا طلب المشهود عليه من الحاكم إحضار الشّهود واستفسارهم، وظهر للحاكم أنّ غرضه الإعنات والتّطويل فله أن لا يجيب مطلبه.

المادّة الأربعون – استفسار الشّهود لا يكون إلا من الحاكم نفسه أو من ينيبه ممّن له صفة حكميّة، ويلزم حينئذ إحضار عدلين يشهدان بما وقع من أجوبتهم عن الاستفسار، ويكتبان ذلك بسجلّ يعقدان عليه ويضاف لأوراق النّازلة.

المادة الحادية والأربعون – الشّهود المستفسرون يؤدّون شهادتهم فرادى بدون استعانة بأيّ كتب.

المادّة الثّانية والأربعون – لا يحكم ببيّنة قبل عرضها على الخصم وتمكينه من الطّعن فيها.

المادّة الثّالثة والأربعون – الطّعن في البيّنة يكون إمّا بتجريح شهود البيّنة، أو بمعارضتها ببيّنة تضادّها أو بما يثبت بطلانها.

المادّة الرّابعة والأربعون – التّجريح في شهود البيّنات إذا كانوا من العدول المنتصبين للشّهادة بين النّاس، أو غير المنتصبين لها أو كانوا من المتوظّفين أو المحامين المسلمين اللذين توفّر فيهم من الصّفات والأخلاق ما هو مشروط في العدول، إنّما يكون بإثبات العداوة أو القرابة المانعة من الشّهادة أو بتهمة جرّ النّفع للشّاهد أو دفع الضّرر عنه، أو بكونه دائنا أو مدينا للمشهود له أو أجيرا له أو من اتّباعه، وإذا كانوا من غير العدول أو من شابههم من المتوظفين أو المحامين فإن التجريح فيهم يكون بما ذكر من المطاعن وبكل ما يخلّ بالعدالة.

الباب الرّابع – في التوجّهات

المادّة الخامسة والأربعون – يأذن الحاكم بالتّوجّهات متى اختلف الخصمان في حدود العقّار المتنازع في استحقاقه، أو اختلفا في قبوله للقسمة. أو قبوله لتعدّد السّاكنين فيه. أو اختلفا في البكارة أو الثّيوبة أو في قدم الثيوبة. أو في قدم الثيوبة وحدوثها. أو في دعوى المرض والصحّة. أو في دعوى الحمل وفي كلّ ما يرى الحاكم منفعة في عمل توجّه فيه.

المادّة السّادسة والأربعون – التوجّه في الأمور التي تستدعي علما إنّما يكون من أهل الخبرة بها. ويتعيّن في النّساء العارفات فيما يتعلّق بفروج النّساء.

المادّة السّابعة والأربعون – للخصم أن يعارض توجّها إقامه الخصم بتوجّه آخر من أهل المعرفة وإذا اختلفا يقع التّحكيم بتوجّه ثالث.

المادّة الثّامنة والأربعون – إذا اختلف الخصمان في اختيار من يتوجّه من أهل المعرفة للاختبار، فسمّى كل أشخاص فللحاكم أن يعيّن إثنين أحدهما ممّن عيّنه أحد الخصمين والثاني ممّن عيّنه الآخر. وله أن يعدل عمّن سمّاه الفريقان ويعيّن إثنين آخرين يثق بمعرفتهما.

المادّة التّاسعة والأربعون – التوجّهات في الخصومات المتعلّقة بالعقّار تقع بمحضر الخصوم في مغيبهم، بعد استدعائهم وتعيين يوم التوجّه وساعته.

أما الخصومات المتعلّقة بذوات الأشخاص، فيلزم فيها ثبوت أنّ المختبر أو المختبرة هو الشّخص المطلوب ليس إلاّ.

الباب الخامس
في تعيين النّوازل المجلسّية وفي التّحرير بالجلسة والأحكام

المادّة الخمسون – أقلّ ما ينعقد به كلّ مجلس شرعيّ حضور ثلاثة من الشّيوخ، ويرأس مجلس الحاضرة رئيسه (شيخ الإسلام) إن حضر أو أقدم الأعضاء ولاية إن لم يحضر. ويرأس المجلس بالآفاق الشّيخ باش مفتي إن كان بالمجلس باش مفتي والشّيخ القاضي إن لم يكن به باش مفتي.

المادّة الحادية والخمسون – يتعيّن أن تكون النّازلة مجلسّية متى طلب أحد الخصوم ذلك. ولم تتهيّأ النّازلة للحكم أو رأى الحاكم إحالتها على المجلس وإن لم يطلب ذلك أحد الخصوم. أو كانت النّازلة في عقّار أو استحقاق ريع وقف بالنّسبة لحاكم الآفاق.

المادّة الثّانية والخمسون – إذا تهيّأت النازلة المجلسيّة للحكم يقع التّفاوض فيها بين أعضاء الدّائرة ورئيسها، ويعينها الرّئيس لجلسة أوّل مجلس ممكن يلي المفاوضة للتّصريح بالحكم.

المادّة الثّالثة والخمسون – تكون المفاوضة بعد سماع مرافعات الخصوم والإدلاء بحججهم.

المادّة الرّابعة والخمسون – يلزم أن تكون المفاوضة سريّة وترسم بالدّفتر المعدّ للمفاوضة ويمضيها المتفاوضون كلّهم.

المادّة الخامسة والخمسون – إذا لم يقع الاتّفاق بين المتفاوضين فالعمل على رأي الأغلبية الحقيقية إن كانت،فإن استوى الرّأيان في العدد ترجّح الرّأي الذي فيه الرّئيس الذي يرأس المفاوضة.

المادّة السّادسة والخمسون – من لم يحضر المفاوضة من الحكّام، فليس له إبداء رأيه إذا خالف ما رآه المتفاوضون.

المادّة السّابعة والخمسون – إذا انفصل المتفاوضون عن الوظيف قبل الحكم بأي صورة كانت، يلزم المتولّين بعدهم أن يمضوا ما رسّم في دفتر المفاوضة إذا كانت ممضاة.

المادّة الثّامنة والخمسون – يلزم في كلّ جلسة تعليق جريدة في النّوازل المعينة فيها على باب المجلس، ليعلمها من يهمّهم أمرها ويستدعي فيها الخصوم أو وكلاؤهم على الوجه القانوني السالف.

المادّة التّاسعة والخمسون – للخصوم أو وكلاؤهم المرافعة في الجلسة المعيّنة للتّصريح بالحكم، وللمجلس قبول ما يبدونه من الملاحظات فيها أو رفضها.

المادّة السّتون – يصرّح بالأحكام عقب المرافعات في الجلسة المعدّة للتّصريح بالحكم، إلاّ إذا بدأ في ملحوظات الخصوم أو وكلائهم ما يوجب مزيد التّتبع، فتؤخّر النّازلة لجلسة أخرى يعيّنها المجلس بعد تتبّع ما يلزم تتبّعه.

المادّة الحادية والسّتون – إذا وقعت مساعدة أو مصالحة بين الخصوم، فالحاكم يحكم بطرح النّازلة بعد تضمين موجب طرحها.

المادّة الثّانية والسّتون – تحرّر الأحكام بنسخة أصليّة في أقرب أجل من صدور الحكم، ولا يمكن بحال تأخيره عن صدور الحكم أكثر من خمسة عشر يوما، ويجب إمضاؤه من الحكّام بالمجلس وكاتب المحكمة.

المادّة الثالثة والسّتون – إذا كان الحكم غيابيّا فالإعلام به يكون من طرف كاتب المحكمة،وينصّ بالإعلام على أنّ للمحكوم عليه أن يقوم بالاعتراض في ظرف أربعين يوما كاملة من تاريخ بلوغ الإعلام إليه.

والإعلام يقع إبلاغه للمحكوم عليه نفسه أو لمنزله، كما جاء في الاستدعاءات على طريق شيخ المدينة بالنّسبة للحاضرة وعلى طريق العامل بالنّسبة لغيرها، إذا كان المحكوم عليه من الرّعايا وإذا كان من غيرهم فعلى طريق الوزارة.

المادّة الرّابعة والسّتون – يلزم أن يضمّن بالحكم :

1 - أسماء المتنازعين.

2 - وموضوع النّازلة.

3 - وملخّص مقالات الخصوم.

4 - واحتجاجاتهم وما صحّ منها وما فسد.

5 - ومستندات الحكم من النّصوص الفقهيّة.

6 - وتاريخ صدوره.

7 - وأسماء الحكام الصّادر منهم.

8 - وتحرير مجموع المصاريف إن أمكن ذلك.

المادّة الخامسة والسّتون – الحاكم الذي صدر منه الحكم له النّظر وحده في شرح حكمه إن وقع الاحتجاج إلى ذلك. وإذا تعذّر شرح الحكم من الحاكم نفسه لانفصاله عن الوظيف، فالشّرح يكون من خلفه بشرط أن لا يغيّر الشّرح جوهر الحكم.

المادّة السّادسة والسّتون – المحكوم عليه هو الملزوم بغرم المصاريف. وللحاكم توزيع هذه المصاريف على الخصمين إن تسلّط الحكم على كلّ منهم في بعض الفروع.

المادة السّابعة والسّتون – إذا لم يقع تحرير المصاريف بالحكم فدائرة كتابة المحكمة مرخّص لها في إعطاء رقيم فيما يخصّ تلك المصاريف، بعد عرضها على الحاكم وإذنه بها وإمضائه عليها من غير لزوم إجراءات جديدة.

المادّة الثّامنة والسّتون – المصاريف التي يحكم بها هي المتكوّنة من نشر الخصومة فقط.

الباب السّادس – في الدّعاوي العارضة والفرعيّة والمقصود منها المعارضة

المادّة التّاسعة والسّتون – الدّعاوي العارضة والفرعيّة تضمّ إلى الدّعاوي الأصليّة ويحكم فيها معها، إذا كانت الدّعوى الأصليّة لم تتهيّأ للحكم ولم يقتض الحال جعلها قضيّة مستقلّة.

المادّة السّبعون – حقّ القيام بدعوى المعارضة مختصّ بالمطلوب، ويمكن عرض المعارضة ما دامت النّازلة على بساط النّشر في غير دائرة التّعقيب، وتقبل إذا كان المقصود منها الدّفاع من جهة الدّعوى الأصليّة.

المادّة الحادية والسّبعون – الدّعوى العارضة الصّادرة من المطلوب لا توقف سير دعوى الطالب، إذا لم يكن بينهما تلازم وهذا كدعوى سقوط الحضانة فإنّها لا تؤثّر في وجوب إنفاق الأولاد أينما كانوا.

القسم الثّالث – في التعقيب

المادّة الثّانية والسّبعون – التّعقيب يكون بتقييد نازلة فيه وخلاص للمعلوم الدّولي عليها، وتقديم مطلب من المحكوم له أو عليه أو وكيل أحدهما في الغرض.

المادّة الثّالثة والسّبعون – يلزم المعقّب أن يدلي بمستندات مطلب التّعقيب وإلا لم يقبل مطلبه.

المادّة الرّابعة والسّبعون – يقبل التّعقيب للنّوازل المحكوم فيها حكما فرديّا، والنّوازل المحكوم فيها من المجالس الشرعيّة بالآفاق. أما الأحكام المجلسيّة من محكمة الحاضرة فلا تقبل التّعقيب إلا بعد صدور معروض عليّ في الإذن بذلك، بسعي من المحكمة فيما فيه تعجيز من الأحكام، أما ما لا تعجيز فيه فلا يتوقّف تعقيبه على استصدار معروض فيه. ومثل ذلك الأحكام التي تجلب لتحصينها بحكم آخر من محكمة أخرى.

المادّة الخامسة والسّبعون – تعقب الأحكام يعطّل التّنفيذ إلا في النّفقات وتسليم المحضون لمستحقّ الحضانة، وما يرى مجلس التّعقيب لزوم عدم تعطيل التّنفيذ فيه.

المادّة السّادسة والسّبعون – لا يقبل تعقيب الحكم الذي مضى على إعلام المحكوم عليه به من المنفذ مدّة شهرين.

المادّة السّابعة والسّبعون – إذا طلب التّعقيب تسلّم شهادة لطالبه يستظهر بها للمنفّذ، ويوقف التّنفيذ إن لم ير مجلس التّعقيب خلافه، ويكاتب الحاكم في النّازلة بتوجيه الحكم والأوراق والحجج المتعلّقة بالنّازلة.

المادّة الثامنة والسّبعون – إذا ورد الحكم المعقّب والأوراق والحجج المتعلّقة بالنّازلة، تحال النّازلة على المجلس ويعيّن الرّئيس المفاوضة فيها وجلستها، ويستدعي الخصوم للجلسة طبق القواعد المقرّرة في الاستدعاءات إذا قبل مطلب التّعقيب، وفي حالة رفض المطلب يجب إعلام المجلس أو القاضي الذي صدر منه الحكم المعقّب برفضه. ويستحسن إعلام الطرفين أو وكلائهما بذلك.

المادّة التّاسعة والسّبعون – للمجلس أن يجري قبل الحكم في النّازلة المعقّبة أبحاثا أو توجّهات أو يجلب رسوما متعلّقة بالمتنازع فيه.

المادّة الثّمانون – إذا قبل تعقيب الحكم ترجع النّازلة إلى النّاحية الحاكمة أو غيرها من المحاكم الشرعيّة التي لها أهليّة النّظر لتعيد النّظر في القضيّة لكن يلزم إعادة النظّر من غير الأشخاص الحاكمين أوّلا.

ولا يجدّد ما سلم وصحّ من الكتائب والحجج المدلى بها في النّازلة المعقبّة.أما القاصرة عن صلوحيتّها للاحتجاج لنقص بها فيلزم تحريرها على الوجه الصحيح،ولا تلغى إلاّ إذا تعذر تحريرها أو حدث عند التّحرير ما يوجب إلغاءها.

المادّة الحادية والثّمانون – النّوازل التي قبل تعقيبها وأعيد النّظر فيها من حاكم آخر في القضايا الفرديّة، أو حكام في القضايا المجلسيّة وصدر الحكم فيها تقبل التّعقيب أيضا، فإن صدر الحكم برفض مطلب التّعقيب أنهي النّظر فيها ووجب تنفيذ الحكم.

القسم الرابع – في الاعتراض على الحكم الغيابيّ

المادّة الثّانية والثّمانون – للمحكوم عليه غيابيّا حقّ الاعتراض على الحكم الغيابيّ.

المادّة الثّالثة والثّمانون – يقع الاعتراض بنشر نازلة اعتراضيّة لدى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه.

المادّة الرّابعة والثّمانون – إذا ادّعى المعترض الفقر فإنه يقيّد اعتراضه وله أجل 15 يوما كاملة في الأكثر، على تقديم مطلب لوزارة العدليّة في إسعافه بالإعانة العدليّة، يكون مصحوبا بشهادة من السّلطة المحليّة بالجهة التي بها محلّ سكناه تفيد ثبوت ادّعاء الفقر لديها. وهذا المطلب يجري النّظر فيه بصفة استعجاليّة طبق ما جاء به الفصل 2 من الأمر العليّ المؤرخ في 11 شعبان 1344 وفي 6 مارس 1926.

المادّة الخامسة والثّمانون — الاعتراض يرجع الطرفين إلى الحالة التي كان عليها عند تغيّب المحكوم عليه، والنّظر في النّازلة الاعتراضيّة لخصوص المحكمة التي سبق لديها نشر النّازلة الصّادر فيها الحكم المعترض عليه. وليس للمطلوب المعترض حقّ التمسّك.

المادّة السّادسة والثّمانون — إذا نقض أو غيّر بموجب الاعتراض الحكم الغيابيّ الصّادر في نفقة، فإنّ المحكوم له أوّلا يلزم بإرجاع كامل أو بعض ما دفعه المعترض بمقتضى الحكم الأوّل.

المادّة السّابعة والثّمانون — إذا تخلّف المعترض عن الحضور بنفسه أو بواسطة وكيل مقبول النّيابة في اليوم والسّاعة المعيّنين بعد استدعائه مرّة واحدة بالطّريقة المبيّنة بالاستدعاءات، فإنّ الحاكم لا يقيم له وكيلا ويقرّر رفض الاعتراض وإجراء العمل بالحكم المعترض عليه بدون نظر فيه، ولا يكون هذا الحكم قابلا للطّعن إلا بطريقة التّعقيب لدى المجلس الشرعيّ بالحاضرة، وذلك في خصوص ما إذا كان صادرا من محكمة آفاقيّة أو كان الحكم فرديّا.

القسم الخامس – في إجراءات خاصّة

وفيه أربعة أبواب

الباب الأوّل – في الوسائل الوقتيّة

المادّة الثّامنة والثّمانون — يمكن اتّخاذ وسائل وقتيّة تتعلّق بالمدّعى فيه، كالوضع تحت يد أمين من إحداث تغيير فيه أو تأمين ريعه بجمعيّة الأوقاف.

المادّة التّاسعة والثّمانون — الحاكم المنشورة لديه النّازلة له النّظر وحده في الأداء، بإجراء الوسائل الوقتيّة المطلوبة أثناء نشر النّازلة.

المادّة التّسعون – إذا أبى من اتّخذت الوسائل الوقتيّة ضدّه إلاّ عرض هذه الوسائل على المجلس، يمكّن من ذلك ولا يصدّ هذا التمّكين عن تنفيذ ما رآه الحاكم، ثم يتّبع ما يقرّره المجلس فيها.

الباب الثّاني – في التّداخل

المادّة الحادية والتّسعون – كلّ من ينجرّ له النّفع أو يحصل له الضّرر من الحكم في النّازلة، له حقّ التّداخل فيها كيفما كان حالها. وهذا كتداخل الدّائن في نوازل تبرّعات المدين المستغرق الذمّة، وكتداخل المرجع في نوازل فساد الأحباس.

المادّة الثّانية والتّسعون – طلب التّداخل يقدّم كتابة ويضمّن به وسائل الاحتجاج المدّعمة له. ويعطّل الحكم في النّازلة الأصليّة إلاّ إذا رأى الحاكم أنّ هذا التّداخل لا يوجب التّأخير.

الباب الثّالث في اختيار الحجج

المادّة الثّالثة والتّسعون – لا يمكن الاستناد لحجّة يدلي بها أحد الخصوم قبل اختيار الحاكم لها وظهور صحّتها عنده، إلاّ إذا اعترف من أقيمت ضدّه بصحّتها وسلّمها، فحينئذ يحكم بمقتضى إقراره.

المادّة الرّابعة والتّسعون – إذا كان الاحتجاج بإمضاء الخصم على كتب، وكان إمضاؤه مسجّلا كفى في إثباته اعتراف الممضي بأنّ الإمضاء إمضاؤه، أو شهادة الإدارة المكلّفة بتسجيل الإمضاءات، بمطابقة الإمضاء الذي بالكتب للإمضاء

المسجّل بدفتر الإمضاءات، أو توقيع الإمضاء أمام المصلحة المكلّفة بذلك ورسم طابع الإدارة على ذلك الكتب وإمضاء رئيسها به.

وإذا كان الإمضاء غير مسجّل، فإن أثبت المحتجّ بالإمضاء أنّ الإمضاء بالكتب إمضاء المحتجّ عليه بشهادة عدلين على وقوع الإمضاء بحضورهما، أو بشهادة عارفين بخطّه أنّ الإمضاء إمضاؤه صلح الكتب للاحتجاج.

وإن عجز عن الاحتجاج وكان المطلوب المنكر حيّا، اختبر بكتابة مطوّلة حتى يتبيّن أن الإمضاء إمضاؤه أو ليس إمضاءه.

المادّة الخامسة والتّسعون – إذا اختلف تاريخ الكتب الممضى وتاريخ تسجيله بإدارة التّسجيل، فالعبرة بتاريخ التّسجيل إلا إذا اعترف الخصم بصحّة تاريخ الكتب، أو ثبت تاريخ الكتب ثبوتا شرعيّا.

المادّة السّادسة والتّسعون – إذا تعدّدت الإمضاءات بالكتب وثبت بعضها دون بعض، فالحكم لا ينسحب على من لم يثبت إمضاؤه.

المادّة السّابعة والتّسعون – إذا اعترف الممضي أنّ الإمضاء إمضاؤه وادّعى أنّه وقع التّدليس عليه في مضمون ما كتب، لم يقبل ذلك منه إذا كان يحسن لغة الكتب وقراءتها.

وأمّا إذا كان يجهل لغة الكتب أو لا يحسن قراءتها وإنّما يحسن الإمضاء بها، فتقبل دعواه إذا حلف على ما ادّعى ويسقط حينئذ الاحتجاج بالإمضاء، إلاّ إذا قامت الشّهادة على أنّه قرئ عليه الكتب وفهمه وأنّه أمضاه بعد ذلك.

المادّة الثّامنة والتّسعون – إذا طلب أحد الخصوم من الحاكم الشّرعيّ أذن العدول بتضمين عقد بخطّ اليد في الرّسوم المتعلّقة به، أذن الحاكم عدلين بتضمينه إذا كان الإمضاء ثابتا بعد استئذان وزارة العدليّة.

المادّة التّاسعة والتّسعون – يستفسر الحاكمُ الشّهود الذين شهدوا بوقوع الإمضاء ممّن نسب إليه بمحضرهم، والذين سبق لهم علم بما يصلح لإبانة الحقيقة وكشفها.

الباب الرّابع – في الزّور

المادّة المائة – دعوى تزوير الحجج لا يمنع الحاكم من تتبّعه. ولا يوقف سير النّازلة الأصليّة إلا القيام بنازلة جنائيّة فيه.

المادّة الأولى بعد المائة – إذا أدلى في قضية برسم ثبت عند الحاكم الشّرعيّ تزويره، فإنّ الحاكم يأذن بحفظه في خزينة الدّيوان ويمنعه عن صاحبه ويكتب عليه ثبوت تزويره، ويصحبه تقريرا يتضمّن مستندات ثبوت التّزوير به يجعله مع الرّسم.

المادّة الثّانية بعد المائة – إذا طعن من له منفعة في الرّسم المحفوظ بخزينة الدّيوان لتدليسه في مستندات الحاكم في ثبوت الزّور، وطلب عرض الرّسم على المجلس الشرعي بالحاضرة، يجاب إلى طلبه ويعرض الرّسم على المجلس ويعمل على ما يقرّره المجلس فيه.

المادّة الثّالثة بعد المائة – إذا كان الرّسم الذي به زور مشتملا على فصول متعدّدة، وكان التّزوير في بعض فصوله ورأى المجلس صحّة الاحتجاج به في الفصول السّالمة، ينبّه المجلس على الفصول التي يصحّ الاحتجاج به فيها، وعلى الفصول التي لا يصحّ الاحتجاج به فيها.

المادة الرّابعة بعد المائة – لا يمكن إخراج الرّسم المزوّر من الخزينة إلا بإذن خاصّ من الحاكم.

القسم السّادس – في أحكام مشتركة
وفيه تسعة أبواب

الباب الأوّل – في معطّلات النّوازل

المادّة الخامسة بعد المائة – تعطّل النّازلة بموت أحد الخصوم أو انعدام أهليّة الانتصاب للخصام شرعا، ويلزم للتمادي على نشرها في موت الطالب توجيه الدّعوى من ورثته على المطلوبين.

وفي موت أحد المطلوبين توجيه الدّعوى على ورثة الميّت المطلوب من الطّالب، إن كان حيّا أو من ورثته إذا مات.ويلزم للتّمادي على نشرها في انعدام أهليّة الانتصاب للخصام تقديم مقدّم.

المادّة السّادسة بعد المائة – إذا وقع استدعاء ورثة الميّت الطّالب للحضور، وتوجيه الدّعوى ولم يحضروا هم أو وكيلهم تطرح النّازلة.

وإذا وقع توجيه الدّعوى على ورثة المطلوب ونبّه عليهم بالحضور ولم يحضروا، يسلك معهم ما تقدّم في استدعاء المطلوب.

الباب الثّاني – في التّعارض بين الأحكام

المادّة السّابعة بعد المائة – إذا حكمت محكمتان في قضيّة واحدة بحكمين مختلفين، اعتبر أوّل الحكمين صدورا وألغي الآخر، إلاّ إذا كان الحاكم الأوّل ليس له تعاطي النّازلة بحسب التّراتيب فينفّذ الحكم الثاني حينئذ.

الباب الثّالث – في التّجريح في الحكّام

المادة الثّامنة بعد المائة – يحجّر على الحاكم مباشرة ما يتّهم فيه وذلك محصور في الأسباب الآتية :

1 - النّوازل التي هو فيها من الخصوم.

2 - أوله مشاركة مع الخصوم.

3 - أو مشاركة في التزام لأحد الخصوم.

4 - أو كان عليه فيها غرم.

5 - ونوازل الأزواج ولو بعد انفصال الزّواج.

6 - ونوازل الأقارب والأصهار ما لم تبعد القرابة أو الصّهارة.

7 - والنّوازل التي أدّى شهادته فيها.

8 - وإذا كان دائنا أو مدينا لأحد الخصوم.

9 - وإذا كان أحد الخصوم أجيرا عنده.

10 - وإذ سبق خصام بينه وبين أحد الخصوم.

المادّة التّاسعة بعد المائة – كلّ حاكم يعلم سبب التّجريح فيه يلزمه أن يصرف النّازلة إلى غيره من الحكّام ويعلم بتجريحه.

المادّة العاشرة بعد المائة – الحاكم الذي يحكم في النّازلة أو يتعاطى تسييرها وهو محجّر عليه لجرحه، لا يعتبر حكمه ولا ما أجراه في النّازلة ويلزم استئناف النّظر في جميع ما تعاطاه فيها.

المادّة الحادية عشرة بعد المائة –لا يقبل التّجريح من أحد الخصوم في الحاكم، إلاّ إذا اعترف الحاكم بالجرح أو أثبته مدّعيه.

المادّة الثّانية عشرة بعد المائة – الخلاف في التّجريح يرفع إلى المجلس الشّرعيّ بالحاضرة.

الباب الرّابع – في إعطاء نسخ تنفيذيّة أو مجرّدة من الأحكام

المادّة الثّالثة عشرة بعد المائة – كلّ خصم صدر في منفعته حكم، له الحقّ في أخذ نسخة منه وهذه النّسخة تسمّى تنفيذّية ويسلّمها كاتب المحكمة الصّادر منها الحكم معقودا عليها بعقدي عدلي الحكم ومختومة بختم الحاكم.

أما النّسخ المجرّدة فتسلّم لكلّ من يطلبها من الخصوم الدّاخلين في النّازلة، ويكتب بطالعتها هذه نسخة مجرّدة أعطيت لطالبها بالإذن من الشّيخ الحاكم.

وأمّا غير الخصوم فإنّ تسليم نسخ مجرّدة إليهم من الأحكام موكول لاجتهاد الحاكم.

المادّة الرّابعة عشرة بعد المائة – المحكوم له بالحكم الغيابيّ لا يمكّن من نسخة تنفيذيّة منه، إلا بعد انصرام أمد الاعتراض وعدم القيام به إلا إذا كان الحكم الغيابيّ متعلّقا بنفقة أو بتسليم محضون، فإنّه قابل للتّنفيذ الوقتيّ بدون نظر للاعتراض.

المادّة الخامسة عشرة بعد المائة – الأحكام التّحضيّرية تضاف إلى أوراق النّازلة. ويمكن للخصوم أن يأخذوا منها نسخا مجرّدة.

المادّة السّادسة عشرة بعد المائة – لا يعطى من الحكم إلاّ نسخة واحدة تنفيذيّة للمحكوم له. وإذا ادّعى المحكوم له ضياع النّسخة التّنفيذية التي تسلّمها وطلب إخراج نسخة أخرى، فللحاكم أن يأذن بذلك بعد استدعاء المحكوم عليه وإعلامه بذلك، واستقصاء البحث المفيد أنّ الحكم لم يقع تنفيذه.

المادّة السّابعة عشرة بعد المائة – ينصّ كاتب المحكمة بطرّة أصل كلّ حكم أو بالنّسخ المجرّدة منه، على تسليم كلّ نسخة مجرّدة تنفيذيّة منه مع بيان تاريخ التّسليم واسم الشّخص الذي أخرجت له.

المادّة الثّامنة عشرة بعد المائة – الغلطات الماديّة في الأحكام يمكن إصلاحها من غير احتياج إلى مرافعة. ويجب أن ينصّ بطرّة أصل الحكم أو النّسخ الصادرة منه على الإصلاح.

الباب الخامس – في سقوط العمل بالأحكام

المادّة التّاسعة عشرة بعد المائة – إذا مضى على الحكم خمس عشرة سنة قمريّة ولم يبق المحكوم به بيد المحكوم عليه ولا بيد وارثه، يبطل العمل به ولا يمكن تنفيذه بحال.

أما إذا بقي المحكوم به بيد المحكوم عليه فطول المدّة لا يبطل الحكم ولا يمنع من تنفيذه.

وإذا ألفي المحكوم به بيد وارث المحكوم عليه فإن اعترف الوارث أنّه صار إليه من قبل مورّثه نفذ عليه ولو طالت المدّة، وإن لم يعترف بذلك وطالت المدّة خمس عشرة سنة قمريّة بطل العمل بالحكم ولم يجز تنفيذه عليه.

الباب السّادس – في الأذون

المادّة العشرون بعد المائة – يلزم أن تكون الأذون الصّادرة من الحكّام الشّرعيّين كتابيّة، ويلزم تقييدها بدفتر كاتب المحكمة.

المادّة الحادية والعشرون بعد المائة – إذا صدر إذنان مختلفان من حاكمين شرعيّين فالعبرة بأسبقهما تاريخا، ويكتب على الإذن الثّاني التّنصيص على إبطاله لسبق الإذن الأوّل بخلافه.

المادّة الثّانية والعشرون بعد المائة – لمن يتضرّر بإذن صادر من حاكم شرعيّ، أن يطلب عرض الإذن على المجلس الشّرعيّ للدّائرة التي يرجع إليها الإذن.

المادّة الثّالثة والعشرون بعد المائة – إذا قبل تعقيب الإذن ترجع الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور الإذن المعقّب، وإذا رفض مطلب تعقيب الإذن يلزم أن ينفّذ الإذن، وليس لمن يطلب نقضه إلا تقديم نازلة بالمأذون له الذي يعتبر الإذن تحويزا له.

المادّة الرّابعة والعشرون بعد المائة – الإذن الصّادر بشيء لا يمنع من صدور الحكم بإبطال الإذن والعمل بما يخالفه إذا نشرت نازلة في ذلك.

المادّة الخامسة والعشرون بعد المائة – جميع البيّنات الاسترعائية لا يمكن تحرير العدول لها إلاّ بإذن كتابيّ من حاكم شرعيّ ولا يعمل بها إلا بعد ختمها والخطاب منه بأعمالها.

المادّة السّادسة والعشرون بعد المائة – تفتقر عقود الأنكحة على الأبكار اليتامى، وعلى المطلّقات إلى إذن كتابي من الحاكم الشّرعي بإتمام العقد.

المادّة السّابعة والعشرون بعد المائة – يحجر على مقدّمي الأوقاف الخاصة عند موت أحد المستحقين، أو حدوث حالة طارئة على المستحقين توزيع مناب الميت أو من طرأت عليه حالة المنع من استحقاقه، إلا بعد استصدار إذن كتابي من حاكم شرعي في تعيين من يستحق هذا المناب.

الباب السابع – في مؤاخذة الحكّام

المادّة الثّامنة والعشرون بعد المائة – تمكن مؤاخذة الحاكم في صورة الارتشاء أو الامتناع من القضاء بدون عذر، أو الإذن بما يفوّت حقّا ثابتا لا شبهة فيه ممّا تنصّ الأحكام الشرعيّة على عدم العذر فيه.

المادّة التّاسعة والعشرون بعد المائة – لا تقبل مؤاخذة الحاكم إلاّ إذا أدلى الطّالب بحجّة رسميّة، تتضمّن شهادة عدلين يطلب ذلك أو وكّل أحد الوكلاء الرّسميين بالقيام بهذا الطلب وكان توكيله بحجّة رسميّة، وقدّم هذا الطّلب لدائرة التّعقيب التي لها الحقّ وحدها في النّظر في هذا الطلب وإجراء البحث، في الأمور المدّعى بها، وسماع مقال الطّالب وجواب الحاكم المطلوب وتعريفها بما أنتجه البحث، ويعيّن لهما أجل قدره شهر لعرض ملحوظاتهما بتقرير وتصدر دائرة التّعقيب حكمها بالمؤاخذة أو عدمها، بعد اطّلاعها على تقرير كلّ من المتنازعين.والطّالب الذي ترفض دعواه يحال على المحاكم ذات النّظر.

الباب الثّامن – في التّقاديم والتّراشيد

المادّة الثّلاثون بعد المائة – التّقديم على القصّر لا يكون إلاّ من قاضي الجهة التي بها مقرّهم، ولا يعتدّ بالتّقديم الصّادر على غير هذا الوجه إلاّ إذا صدر معروض علي في إذن قاض آخر بالتقديم.

المادّة الحادية والثّلاثون بعد المائة – لا يكون الرّشيد إلا من الدّائرة التي صدر منها التّقديم، ولا يعتدّ بترشيد دائرة أخرى إلاّ إذا قدّم من يهمّه الأمر مطلبا لوزارة

العدليّة في استصدار معروض عليّ في إذن الدّائرة الأخرى، وقبل هذا المطلب وصدر معروض سام في الإذن به.

الباب التاسّع – في التّنفيذ

المادّة الثّانية والثلاثون بعد المائة – التنفيذ للأحكام الشّرعية يجريه شيخ المدينة بالحاضرة، والعمّال في غيرها بطلب ممّن صدر له الحكم.

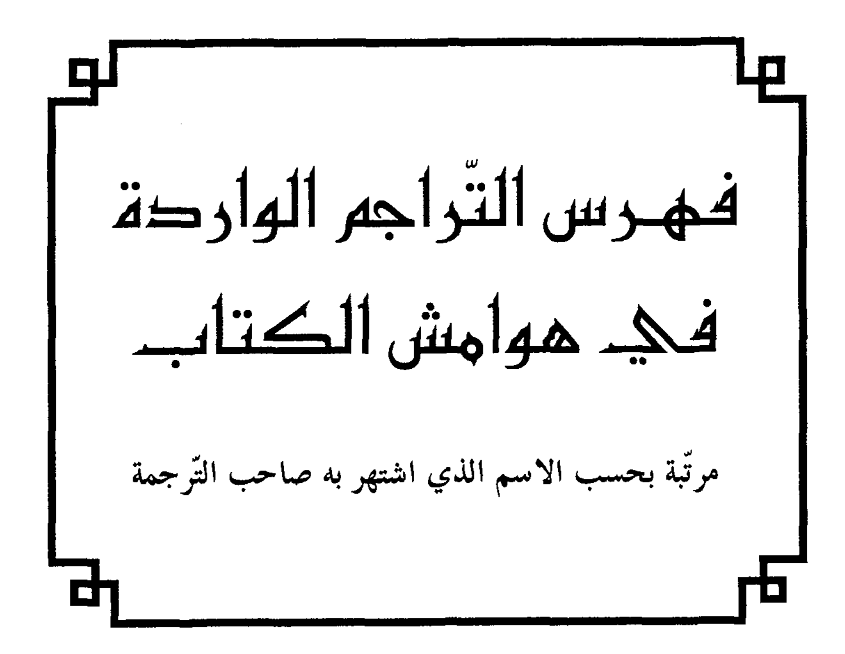
المادة الثّالثة والثّلاثون بعد المائة – إذا مات المحكوم له في النّوازل الاستحقاقيّة قبل حصوله على تنفيذ الحكم، فوارثوه يقومون مقامه في طلب تنفيذه بعد إثبات كونهم ورثته.

وإذا وقع نزاع في ذلك فالمنفّذ يحرّر تقريرا في ذلك، ويحيل الخصوم على المحكمة التي صدر منها الحكم ويعقل المحكوم فيه إلى أن تثبت المحكمة الوارث.

المادّة الرّابعة والثّلاثون بعد المائة – ما يطرأ من المشاكل أو الصّعوبات في التّنفيذ، يحال النّظر فيه على الحاكم الذي صدر منه الحكم إن كان الحكم فرديّا، وعلى رئيس المجلس الذي صدر منه الحكم إن كان الحكم مجلسيّا، ويجري العمل على ما يقرّره الحاكم أو رئيس المجلس في ذلك.

المادّة الخامسة والثّلاثون بعد المائة – يطبّق تنفيذ الأحكام الشّرعيّة ما يمكن تطبيقه من الإجراءات التي يقتضيها القانون التّونسي للمرافعات المدنيّة.

غير أنّه لا يمنح أجل العشرين يوما في تنفيذ أحكام النّفقات والأحكام المتعلّقة بالذّوات، كتسليم الزّوجات والمحضونين بل يجب التّنفيذ فيها حالاّ.



فهرس التّراجم الواردة في هوامش الكتاب

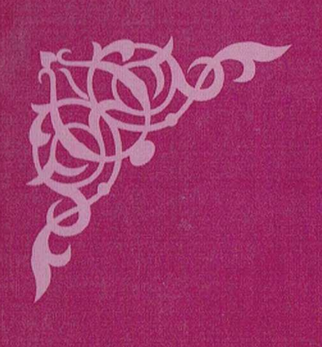
مرتّبة بحسب الاسم الذي اشتهر به صاحب التّرجمة

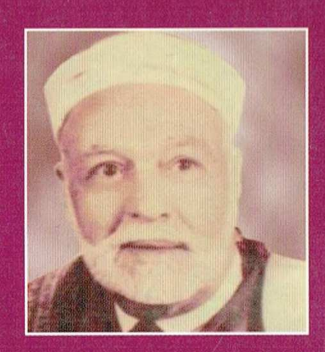
فهرس التراجم | صفحة

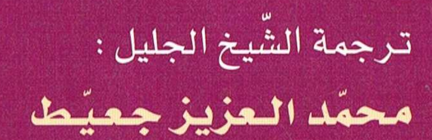
- أ -

فهرس مواضيع الكتاب

فهرس مجلّة المرافعات الشّرعية







ترجمة الشّيخ الجليل :

محمّد العزيز جعيّط

. ولد بتونس في شعبان 1303 هـ / ماي 1886 م ثمّ اشتغل بحفظ القرآن و المتون اللغوية والفقهية إلى أن التحق بجامع الزيتونة سنة 1318 هـ / 1901 م و أحرز على شهادة التطويع سنة 1325 هـ/ 1907 م.

. و في س 1328 هـ / 1910 م تولّى التدريس بالزيتونة من الطبقة الثانية و في سنة 1329 هـ / 1911 م صار مدرسا من الطبقة الأولى و سنة 1331 هـ / 1913 م و سمي عضوا بلجنة تنظيم كتب جامع الزيتونة و فيها سمي مدرسا بالمدرسة الصادقية.

. و في س 1337 هـ / 1919 م سمي مفتيا مالكيا و سمّي عضوا بلجنة إصلاح التعليم بجامع الزيتونة مرتين، الأولى سنة 1930 م و الثانية سنة 1938 م.

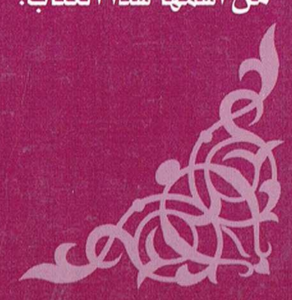
. و في س 1364 هـ / 1945 م سمي شيخ إسلام للمذهب المالكي بعد أن كان نائبا بهذه المشيخة س 1363 هـ / 1944 م.

. و في س 1366 هـ / 1947 م كلّف بوزارة العدليّة التونسيّة مع بقائه على خطة مشيخة الإسلام المالكية.

. و في س 1376 هـ / 1957 م أحيل على الراحة عند إدماج المحاكم الشرعيّة في المحاكم العدليّة و توحيد القضاء.

ثمّ في نفس السنة أرجع و سمي مفتيا للديار التونسيّة عند إحداث هذه الخطّة في العهد الجمهوري إلى أن أحيل على الراحة نهائيّا س1379 هـ / 1960 م.

. و في 27 شوال 1389 هـ / 5 جانفي 1970 م انتقل إلى رحمة الله تعالى، و ترك آثارا جليلة من أهمها هذا الكتاب.



ISBN 978-9938-806-54-0

